

DS320 米国－ECホルモンケースに係る対抗措置の継続(パネル・上級委)

United States-Continued Suspension of Obligation in the EC-Hormones Dispute, WT/DS320/AB/R

中川 寛子

I. 事実の概要

本件は、EC-Hormones 事件において、EC が EC 指令 96/22/EC に基づき、特定の成長促進目的でホルモン投与された畜牛からの食肉について輸入禁止措置をとったことが SPS 協定 5.1 等に違反するとされたことに関連する。同事件の DSB 勧告の後、EC は「合理的期間内」に勧告を遵守することができず、1999年5月13日に期限切れとなった。そこで同日、米国・カナダは、DSU22.2 に基づく譲許の停止について、DSB に承認を求めた。EC が求めた仲裁を経て、1999年7月26日、米国・カナダは DSB から EC に対する譲許停止の承認を得た。1999年7月29日、米国は EC 域内の特定の EC 加盟国からの特定範囲の輸入品につき 100%の輸入税を賦課した。1999年8月1日、カナダは米国が課したのとほぼ同様の対象産品につき、100%の従価税を賦課した。

EC は、EC-Hormones 事件の上級委員会レポートを受け、17の科学調査を行い、問題の6種類のホルモンにつき人体への危険性を評価した。これらの調査研究に基づき、EC では「公衆衛生に関する生理学的措置についての科学委員会(the Scientific Committee on Veterinary Measures relating to Public Health (“the SCVPH”))」が、1999年、2000年、2002年に、6種のホルモンの人体の健康に対する危険性に関する3つの意見を提出した。

EC はこれらの意見を受けて、2003年9月22日に、指令 2003/74/EC (以下、「新指令」ともいう。)を公表し、指令 96/22/EC を修正した。指令 2003/74/EC は、エストラジオール-17β を投与された畜牛から製造される食肉についての永久的輸入禁止措置を維持するものであった。また他の5種類のホルモン(テストステロン、プロゲステロン、酢酸trenボロン、ゼラノール、MGA)については、同指令は、暫定的な輸入禁止措置をとることとした。すなわち、「科学的情報によれば、これらのホルモンに危険性が伴うことは示されているが、これらが消費者に対して与える危険を量的に計測することは現在の知見によっては不可能」としている。そこで、これら5種類のホルモン投与された食肉については、共同体が、より完全な科学的情報を獲得するまでの間、暫定的に禁輸措置が適用されるものとした。

2003年10月27日、EC は DSB に指令 2003/74/EC の採択・公表・発行について通報した。このとき EC は上記3つの意見書を添え、これらによって問題の6種のホルモン投与牛肉についての永久的・暫定的輸入禁止措置が SPS 協定の下でも正当化されうると考えた。したがって、EC は当初の

EC—ホルモン事件の DSB 勧告を完全に実施したものであり、米国・カナダによる譲許停止措置はもはや正当化され得ないものと主張した。

他方、米国・カナダは譲許停止措置の撤回を拒絶した。なぜなら、EC の新指令は DSB 勧告を遵守するものではないと考えるからである。

そこで、EC が、本件手続を開始し、米国・カナダによる譲許停止措置の継続は、DSU に定められた義務に反するものである、と主張した。

以下、本報告書では、主に譲許停止阻止発動段階における対抗措置にかかる解釈論および優先されるべき紛争解決手段について、SPS 協定5. 1の解釈についておよび SPS 協定5. 7の解釈にかかる上級委員会報告要旨を中心として紹介し検討する。

II. パネル/上級委員会の手続に係る概要

1. 時系列的経緯

- (1) 協議要請 2004.11.8、
- (2) パネル設置要請 2005.1.13、
- (3) パネル設置 2005.2.17、
- (4) パネル構成 2005.6.6、
- (5) 中間報告 2007.7.31、
- (6) パネル報告書加盟国配布 2008.3.31、
- (7) 上訴通知(申立国)2008.3.29、
- (8) 上級委員会報告配布 2008.10.16、
- (9) DSB による採択 2008.11.14

2. パネリスト

Tae-Yul Cho (Chairperson)

William Ehlers

Claudia Orzco

3. 上級委員会メンバー

Unterhalter(presiding Member)

Abi-Saab

Bautista

4. 第三国参加国

Australia, Brazil, China, India, Mexico, New Zealand, Norway, Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu

III. パネル/上級委員会報告の概要

1. 争点

(1) EC が上訴において主張した争点(para.262)

- (a) パネル判断には、米国およびカナダが、DSU23.1 および DSU23.2(a)のもとで、DSU のルールと手続きを利用すべき義務を遵守するためには、DSU21.5 にもとづく手続を開始しなければならない、としなかったことにおいて誤りがあるか。
- (b) パネル判断には、米国およびカナダが譲許その他の協定上の義務を停止するための根拠となる、EC が EC-Hormones ケースにおける DSB 勧告を遵守していないとの事実から、米国およびカナダが DSU22.8 に違反していない、としたことにおいて誤りがあるか。
- (c) パネルは、EC の指令 2003/74/EC が SPS 協定 5.1 および同 5.7 に違反しているか否かを検討したことによって、付託事項の範囲を超える判断を行ったか。
- (d) パネルは、EC の指令 2003/74/EC が SPS 協定に適合しているかについて当時国間で合意が得られなかったことを解決するために、米国とカナダが譲許を停止し DSU21.5 手続を利用すること、またはその他当事国が合意しうる手続を利用することにつき、DSU19.1 にもとづく勧告実施の方法に関する提案を行わなかったことにおいて誤りがあるか。
- (e) パネルは、Rules of Conduct に求められる「独立かつ公平」な者といえない二人の専門家を選びかつそれらの鑑定意見に依拠したことによって、適正手続原則を尊重せず、DSU11 の義務を守らなかったか。
- (f) パネル判断には、指令 2003/74/EC にもとづき実施された、エストラジオール-17 β を成長促進目的で投与された畜牛の食肉に関する輸入禁止措置が、SPS 協定 5.1 に整合的であるか、その解釈適用において誤りがあるか。とりわけ：
 - (i) 「危険性の評価」を狭く解釈し、ホルモン投与の乱用(misuse and abuse)の証拠を考慮しなかったことにおいて
 - (ii) EC に対して、成長促進目的で同ホルモンを投与して畜牛が育成される結果、食肉および食肉製品にエストラジオール-17 β 残留物が存在することによって生ずる危険性の評価を求めたことにおいて、

- (iii) EC に対して、量的方法での危険性評価を課したことにおいて、
 - (iv) 立証責任の配分を不適切に行ったことにおいて
 - (v) 不適切な判断基準を作成しかつ適用したことで、DSU11により求められる、提示された問題の客観的評価を行わなかったことにおいて、
- (g) パネルの判断は、指令 2003/74/EC にもとづき実施された、テストステロン、プロゲステロン、酢酸トレンボロン、ゼラノール、酢酸メレンゲストロール(MGA)を成長促進目的で投与された畜牛から作られる食肉の暫定的輸入禁止措置の SPS 協定 5.7 整合性の解釈適用において、誤りがあるか。またとりわけ、パネルが、関連する科学的証拠が不十分であると判断したことにおいて：
- (i) 関連する科学的証拠が不十分であるか否かの判定は、ある特定の選定された保護レベルとは「無関係でなければならない」と誤って判断したことにおいて、
 - (ii) ある物質について国際基準が存在する場合には、関連する科学的証拠が不十分であるとするためには「臨界的な(critical mass)新しい科学的証拠」が求められるとすべきか、に関して不適切な法的基準を策定しかつ適用したことについて、
 - (iii) 不適切に立証責任を配分したことについて
 - (iv) DSU11により求められる、提示された問題の客観的評価を行わなかったことにおいて。

(2) 米国およびカナダによって提起された争点(para.263)

- (a) パネルが、米国およびカナダが、EC による指令 2003/74/EC の通報後に譲許停止を維持したことによって、DSU23.1 の意味における違反の是正を求めた、と判断したことに誤りがあるか。
- (b) パネルが、米国とカナダは、DSU ルールおよび手続によらずに、指令 2003/74/EC は WTO 協定違反であると一方的判断を行ったのであって、DSU23.1 に違反する、と判断したことに誤りがあるか。

(3) 米国およびカナダによる、上級委員会がパネル報告を支持した場合の予備的請求

- (a) パネルが、指令 2003/74/EC の SPS 協定 5.1 および同 5.7 整合性を判断することは求められておらずしたがって管轄を有しないと結論したことに誤りがあるか。
- (b) パネルが、DSU19.1 にしたがって、米国およびカナダは、遅滞なく DSU に定める規則および手続を用いるべきことを提案したことに、誤りがあるか。

2. 争点に対する判断

(1) 報復措置(譲許停止等)が行われた後のステージ(post-suspension stage)における DSU の諸規定の解釈適用について(para.265-)

(1)1. DSU 解釈適用に関するパネル判断

(1)1.1 EC の主張する論点の整理

(i) 米国・カナダによる譲許停止の継続は、DSU23.2(a)を DSU21.5 及び DSU23.1 とあわせて読むと、DSU 23. 2(a)に違反するか(AB/R: [1]1.2)

(ii) 米国・カナダによる譲許停止の継続は、DSU23. 1を DSU22.8 及び DSU3.7 とあわせて読んだとき、DSU23. 1に違反するか(AB/R: [1]1.3)

(iii) GATT1994第1条、2条に関する請求

(1)1.2 米国・カナダによる譲許停止の継続は、DSU23.2(a)を DSU21.5 及び DSU23.1 とあわせて読むと、DSU23. 2(a)に違反するか、について

1. 「かかる場合には(in such cases)」という文言は、DSU23第1文と第2文をつなげるものであり、米国・カナダが DSU23.2(a)違反をしたかを判断する前に DSU23.1 の要件が満たされているかの判断が必要であることを示している。DSU23.1 は、ある加盟国の何らかの措置が、DSU のルール手続によらずに、他の加盟国によって協定違反などと「決定」される場合に適用される。本件ではかかる措置とは新指令である。しかし、新指令は、EC-Hormones ケースで SPS 協定違反とされた禁輸措置を正当化するためのものである。したがって、禁輸措置が残っていることから直ちに新たな措置が採用されていないとは判断しない。さらに、米国・カナダが譲許停止の DSB 承認を得たことは、それが義務であることを意味しない。したがって、EC の新指令についての WTO 通報後も、米・カナダが義務ではないにもかかわらず譲許停止を継続したことは DSU23.1 の意味での是正を「現に」求めていることの証拠といえる。

DSU23.1 適用の要件が満たされたとして、米国・カナダは、DSU23.2(a)の意味での「決定」を行ったといえるか、を検討する。米国・カナダは DSB 会合の場において、EC 新指令についての「意見表明(statements)」を出しており、それにより大なり小なり EC 新指令が EC-Hormones ケース勧告にしがたっていないと最終的な決定を行った、といえる。さらにその後、米国・カナダが新指令についての調査を進めているか述べないまま報復を継続していることから「決定」を行ったといえる。

さらに、DSB による報復承認は新指令にまで及ぶものではなく、したがって米国・カナダは、DSU23.2(a)に違反して、新指令の協定違反について多国間システムによらない決定を行ったといえる。したがって、米国・カナダによる報復措置は DSU23.2(a)に違反する。

2. 米国・カナダが、EC 新指令が協定違反と考えるならば、DSU21.5 手続によるべきであった、との EC の主張については、DSU23.2(a)には、DSU が規定する全ての紛争解決手段（協議、調停、斡旋、仲介）が含まれるのであって、21.5 パネル手続に限られるわけではない。したがって、パネルは、EC が主張する、米国・カナダが DSU21.5 手続によらなかったことについて判断することは必要ない。

以上から、米国・カナダは EC 新指令について、EC-Hormones ケース勧告を遵守していないかについて、DSU に定められた規則手続によらずに一方的決定を行ったため、DSU23.1 および 23.2(a)に違反した。

(1)1.3 米国・カナダによる譲許停止の継続は、DSU23. 1を DSU22.8 及び DSU3.7 とあわせて読んだとき、DSU23. 1に違反するか。また、予備的請求としての、(conditional claim): パネルが米国・カナダによる DSU23違反を認定しない場合の請求として、EC が新指令を採択したことは、オリジナルパネルの遵守を実現したといえるから、米国・カナダによる譲許停止の継続は、DSU22.8 に違反するか、について

米国・カナダが手続的に DSU23.1、DSU23.2(a)違反を行ったことは、EC-Hormones ケース勧告とは実体的には何ら関係がない。EC による、DSU22.8,23.1,3.2 違反についての主張は、新指令の SPS 協定整合性如何が前提となる。なぜなら、DSU22.8 の「協定違反とされた措置が撤回されるまでの間」という文言は、現実に DSB 勧告が遵守されることの達成を求めるものである。したがって、EC が DSB 勧告を遵守し、米国・カナダが譲許停止又はその他の協定上の義務を即時に撤回しなかったことによって、DSU22.8 違反となる。

加盟国は、一般国際法と同様、条約上の義務遂行にあたり「誠実に(in good faith)」行動したものと推定を享受する。しかし、かかる推定が機能するからといって、EC が現実に協定上の義務を遵守したか、と意味するものではない。さらに米国・カナダもまた、それらの措置適用において、誠実に行動したとの推定を享受する。DSU については、DSU が誠実原則を排除するような明示的文言は存在しない。

また、誠実推定が報復措置の DSB 承認に優先することはできないとの米国・カナダ主張は認められない。すなわち、協定違反を認定された加盟国が、DSB 勧告を遵守し違反措置を撤回した場合には、報復の DSB 承認に優先する、なぜなら、DSU22.8 は、報復側加盟国が譲許停止措置を継続しうるのは、DSB 承認が撤回されない限りにおいてであるとは示していないからである。

誠実推定が働く場合、これを反証しうるのは DSU21.5 手続による場合のみであるか、については、EC にとって、報復発動後の段階において、DSU21.5 手続以外に、どの程度 WTO 法に準拠した措置を取ることが困難であるかの程度により、反証が不可能であるといいうる。DSU21.5 手続によらなければ誠実推定を反証し得ないとは DSU のどこにも書かれていない。また、EC が報復の停止を求める際には、21.5 パネル手続を含め仲裁その他多様な方法を利用しうる。したがって、EC が誠実に行動したとの推定を覆すために、オリジナルケースの申立国が 21.5 手続によらなければならない、とする主張は採用できない、また、21.5 手続が、オリジナルケースの申立国によってしか開始できないとする主張も採用できない。

遵守措置の誠実推定は反証可能であると述べたことから、これにより、EC による DSU22.8 に関する主張にも言及したことになる。しかし、EC の DSU22.8 請求を無視したことにはならない。むしろ、パネルは、DSU22.8 に関する主張を独立に検討するのではなく、EC による DSU23.1 違反に関する主張を DSU22.8 および 3.7 と併せ読むことで検討したといえる。

(1)1.4 パネルの管轄(付託事項)について

本件パネルの付託事項には、SPS 協定違反の判断は含まれていない。しかし、EC 新指令の SPS 協定整合性は、DSU22.8 請求の判断(EC-Hormones ケースで違反とされた措置が撤回されたか否かの判断)に必要な範囲で、検討を必要とする。また、両当事国が相互に主張を述べ、それら全てについて件とすることが望ましい。したがって、パネルには、新指令が SPS 協定 5.1,5.2,5.3,3.3 に整合的であるかを判断する権限がある。

(1)1.5 立証責任

米国・カナダが DSU22.8 に違反したとの立証責任は EC が負う。但しこれは、EC がオリジナルケースにおける協定違反措置を撤回したことを前提とする。その場合に、オリジナルケースの被申立国が違反でないことを立証しなければならない(prove negative)のと同様の地位におかれるとの懸念は共有する。しかし、EC は、誠実に行動したとの「一応有利な推定(a prima facie case)」を享受することが出来るから、そこで、その反証義務は米国・カナダに転換する。しかし、米国・カナダは EC による遵守の主張を十分に反証した。そうすると、誠実の推定は結果的には「中立化(neutralized)」されることになるので、パネルは、結局、提出された証拠を総合考慮するという従来慣行に従うことになる。

以上から、パネルは、指令 2003/74/EC の SPS 協定整合性を検討し、EC がオリジナルケースで違反とされた措置を撤回したことは立証されていない。したがって、EC は米国・カナダによる DSU22.8 違反の立証に失敗し、したがって DSU22.8 違反によって導かれる DSU23.1, 3.7 違反もまた認定できない。

(1)1.6 パネルによる提案

両当事者は、本件報告書の実施についての意見が明らかに相違している。本件パネルは、事実上 21.5 パネルと同様の役割を果たしたが、これは DSU22.8 違反があるか否かの判断のためのものである。さらに、本件パネルは新指令の協定違反を判断する管轄を求められていないし、また有しない。したがって、DSU23にもとづく判断を実施するためには、本件紛争の迅速な解決を確保するためには、米国・カナダは即時に DSU 規則手続に乗っ取った手続を開始すべきである。

(1)2 上級委員会による判断: 上訴における請求・主張について

(1)2.1 EC の主張

・EC は、以下3つの主張を行い、さらに(4)を求めた。

- (1) パネルは、DSU23.2(a)は、これを同 21.5,23.1 と併せ読んだとき、米国・カナダが EC 新指令がオリジナルケースの DSB 勧告を遵守していないと考える場合には、21.5 手続によるべきことを求めている、と判断しなかったことにおいて誤りがある。
- (2) パネルは、EC の DSU23.1 請求について、DSU23.1 を同 22.8、3.7 と併せ読んだときに、EC の新指令が SPS 協定を「実際に(actual)」遵守していることを前提としたものである、と判断したことについて誤りがある。したがって、米国・カナダが DSU21.5 手続によらずに譲許停止措置を継続していることが DSU22.8 に違反しない、と判断したことも誤りである。
- (3) パネルは、新指令の SPS 協定整合性まで判断することで、その付託事項を超える事項についてまで判断をしており、DSU21.5 パネルの役割について誤った推測をしている。
- (4) AB は、パネルによる提案を発展させ、米国・カナダが EC の禁輸措置に関する不合意を解決するために、譲許停止措置を撤回しなければならないこと、また DSU21.5 手続によるべきこと、または両当事国が同意する紛争解決手続によるべきこと、を提案すべきである。

(1)2.2 EC の上訴に対する米国およびカナダの主張

・米国

[EC 上訴(1)について] パネルによる 23.2(a)の文言解釈は、それが DSU に書かれている全ての手続を含むもので、21.5 手続のみを意味するのではない、と解釈したことは正しい。

[EC 上訴(3)について] パネルが、米国は DSU22.8 違反を行っていないとしたことは正しい。すなわち、パネルは、EC 新指令の SPS 協定整合性を判断することにより、DSU22.8 を適切に解釈適用した。

[EC 上訴(4)について] 上級委員会による、パネル提案の発展は、その権限内ではない。

・カナダ

〔EC 上訴(1)について〕パネルは、DSU23.2(a)の意味する「紛争解決手続によるべき」との文言が 21.5 手続に限定されない、と解釈したことは正しい。EC が一方的にオリジナルケースの DSB 勧告を遵守したと主張したからといって、カナダが 21.5 手続開始を強制されるものではなく、また譲許停止の停止を求められるものでもない。

〔EC 上訴(3)について〕パネルは、「協定違反と判断された措置が撤回されるまで」という文言が、違反(状態)それ自体の撤回を意味するものであって、単なる(形式的な)撤回ではない、と意味していると解したことで、DSU22.8 を適切に解釈した。

パネルはその付託事項を逸脱する判断を行ったとはいえない。カナダが DSU22.8 に違反したかどうかは、EC の新指令が現実に協定を遵守していることが前提となるのだから、SPS 協定との整合性を判断することを求められていたと解すべきである。

(1)2.3. 米国・カナダによるその他の請求

・米国

パネルが、米国が是正を求めるために譲許停止を撤回しなかったことによって、DSU23.1 に違反したと判断したことは誤りである。

米国が、EC 新指令についての DSB 会合の場で発言したことから、一方的決定を行った、としたことは誤りである。

もし、AB が、DSU23.1 請求および同 23.1 請求に関するパネル判断を支持するのであれば、パネルが、米国に対する、DSU に乗っ取った手続を即時に開始すべきとの提案を破棄すべきである。なぜなら、EC が開始した本件手続に参加することで、米国は DSU に則った手続をとったといえるからである。

パネルは、新指令が SPS 協定に整合的であるか否かの判断を行う管轄を有しないと結論したことに於いて誤りがある。したがって、パネルが、EC 新指令の SPS 協定整合性を判断したことは直接的認定といえるのであって、米国が DSU に整合的な措置を取るべきとした結論は破棄されるべきである。

・カナダ

パネルが、EC の DSU23.2(a)請求および同 23.1 請求を検討する際に、DSU22.8 と独立して検討したことは誤りである。米国・カナダによる譲許停止いかに判断するには、DSU22.8 をまず適用すべきであって、それをしなかったことにより、EC の第1の請求と第2の請求とに関する結論の間で矛盾する判断がもたらされている。

予備的請求として、もし AB が、DSU22.8 とは独立に DSU23.1 請求および DSU23.2(a)請求を判断

したパネル判断を支持する場合には、

- (1) カナダによる譲許停止の継続が WTO 違反であるとしたパネル判断は誤りである。なぜなら、カナダは、譲許停止についての DSB 承認を得ており、また EC による新指令の導入の事実のみによっては、カナダの譲許停止の法的根拠が変わったことは意味しない。
- (2) DSB 会合においてカナダが EC 新指令について意見表明を出したことおよび譲許停止を継続している事実から、カナダが EC 新指令に対する一方的決定を行ったとするパネル判断は誤りである。

AB はパネルが EC 新指令の SPS 協定整合性についての管轄を有しないとされたパネルの結論を破棄すべきである。

パネルが、カナダに対して即時に DSU 整合的な手続を開始すべきことを提案したことは誤りである。なぜならこれは、カナダが DSU22.8 に違反していないとのパネル自身の判断と矛盾するからである。

・EC の反論

DSU23 は勧告実施および報復段階においても完全に適用可能である。なぜなら、多角的紛争解決システムは、加盟国が誠実に協定を遵守し慣例に従うことに依存するものである。

協定に整合的と推定されるべき遵守措置の採用は、オリジナルケースの申立国に次のような義務を課すものである：

- (1) 違反とされた措置が撤回されたか否かについての意見を述べること
- (2) 遵守のために取られた措置が協定違反と考える場合は DSU21.5 手続によるべきこと
- (3) 譲許停止を撤回すべきこと

DSU22.8 は、オリジナルケースの被申立国が、違反措置を撤回したことを立証すべきとはしていないし、いずれにせよ、EC は旧指令を撤回したことを有効に立証した。したがって、EC が新指令を制定した以上、米国・カナダは譲許停止措置を直ちに撤回すべきである。

パネルは、米国・カナダが DSU23.2(a)違反を行っている判断したことは正しい。DSB 会合における米国・カナダの意見表明は、両国が報復を継続している事実と合わせれば、「決定」を行ったものと判断して良い。

米国がその不作為によって決定を行ったとパネルが判断したことは誤り、と主張していることには賛成できない。米国は、現に(actively)新指令が協定違反と考えており、それゆえに現に報復を継続しているといえる。

(1)2.4. 第三国の主張

・オーストラリア

EC の見解に賛成。EC 新指令の制定施行により違反が撤回されたかを判断するには、DSU21.5 手

続によるべきである。但し、DSU21.5 手続係争中は、譲許停止の継続如何は当該加盟国の判断に委ねられるべきである。

EC 新指令の SPS 協定整合性判断は、パネルの付託事項には含まれない。もし含むとするなら、当事者間の立証責任が転換されるべきだが、それでは、不純種を主張する当事者が一応有利な推定を行うべき責任を負うとの基本原則に反する。

・ブラジル

DSU22.8 の、譲許停止撤回に関する3条件はいずれも充たされていないから、米国・カナダに与えられた DSB 承認は未だ有効である。

違反措置の撤回とは、実質的(substantive)な遵守を意味する、とのパネルの解釈を支持する。

報復措置発動後の段階においては、オリジナルケースの被申立国が、実施措置が協定適合的であることの立証責任を負うべきである。

・ニュージーランド

パネルは、DSU22.8 の解釈の文脈で、23.1 および 23.2(a)解釈を誤った。DSU22.8 は、違反措置が実質的(actually)撤回された状況を装置しているのであって、単に(形式的に)撤回された事実のみでは足りない。したがって、パネルが EC による DSU23.1 請求および 23.28(a)請求を判断する際に、これが EC-Hormones ケースの DSB 勧告を EC が実施したか否かとは全く無関係である、としたことは誤りである。

・ノルウェイ

DSU22.8 は報復措置が暫定的でありかつ条件付きであることを求めたものである。したがって、遵守が実行された場合は、報復を実施する権利は「自動的に」失効するのであって、DSB による撤回は不要である。両当事者が、遵守措置が実施されたか否かについて合意が得られない場合、オリジナルケースの申立国および被申立国のいずれもが 21.5 により手続を開始することが出来る。

(1)3 上級委員会の判断:譲許停止措置の撤回について—DSU22.8

(1)3.1 序

パネルが、DSU23.2(a)は、これを同 21.5,23.1 と併せ読んだとき、米国・カナダが EC 新指令がオリジナルケースの DSB 勧告を遵守していないと考える場合には、21.5 手続によるべきことを求めている、と判断しなかったことにおいて誤りがあると、EC が主張することについて判断する。

整理するために、以下、DSB 承認を得て譲許停止措置を発動している加盟国を「譲許停止国(suspending member)」、これと反対側当事国を「遵守実施国(implementing member)」という。

ECの請求は、遵守実施国がDSB勧告遵守のための措置を実施している場合における、報復発動国の地位についていくつかの問題を提起する。

譲許停止国は、遵守実施国の措置が遵守をもとらしていないと考える場合、DSU21.5 手続開始を求められるのか。遵守実施国が、問題の違反措置に替わり別の措置を実施した場合、DSU22.8により、譲許停止国は譲許停止の停止を求められるのかに関する実体的問題。これは、ECによる新指令制定施工後、米国・カナダによる譲許停止措置が違法か否かにも関連する。

そこで、以下、DSU22.8は、米国・カナダが譲許停止措置を撤回する前に、ECがDSB勧告を実質的に遵守していることを求めた、とパネルが判断したことが誤りか否かを検討する。その後、21.5手続がとるべき適切な手続であるか、いずれの当事国が当該手続を開始すべきか、を判断する。

(1)3.2. 加盟国はいつ、DSU22.8にもとづき譲許停止を撤回しなければならないか

ECの主張(1)について、ECは、DSU23.1 請求は、22.8の解釈に基礎をおくものであるから、違反措置が新たな措置との置き換えにより撤回された以上は、譲許停止をやめなければならない、という考え方に立つものである。そこで、DSU22.8、とりわけ「協定違反とされた措置が撤回された」の文言に関する適切な解釈を検討する。

DSU3.7では、紛争解決メカニズムの第一の目的は、違反措置の撤去にあり、それが達成されない場合の「最後の手段(last resort)」として譲許停止を認めている。したがって、DSU22.1は譲許停止を「暫定的な措置」としているのである。

譲許停止を無期限に維持することは出来ない。DSU22.8は、譲許停止が暫定的なものであること、そしてこれを適用しうるのは3つの解除条件のいずれかが充たされる場合に限られることを定めている。

第1は協定違反措置が撤回されるまでの間であること。これは、多くの場合、遵守実施国が違反措置を廃止した時点で充たされるが、新たな措置に置き換えられた場合は必ずしもそうではなく、真に「撤回された(removed)」といえるか、という新たな問題が生ずる。文字通りに読めば、遵守実施国が形式的に違反措置を廃止し、他の措置で置き換えれば、新たな措置の内容、特にDSB勧告を遵守しているか否かに関係なく、撤回がされた、ということは出来よう。しかし、かかる解釈は適切ではない。

第2の条件は、(DSB)勧告を実施する加盟国が、協定上の利益の無効化又は侵害に対するなんらかの解決を提供すること。第3は、相互の合意の得られる解決に達すること。これら2つの条件は、一方当事国により、又は両当事国の合意により、救済が与えられるべきことを示しており、これ2つの条件からは、「実質的な解決(substantive resolution)」求められているといえる。そうすると、DSU22.8のいう「撤回」とは、単なる形式的なものでは足りない。22.8により、譲許が停止されるべき解除条件

に該当する場合とは、当該紛争についての終局的かつ実質的解決がなされた場合と解するべきである。

DSU22.8 第1文の「撤回」とは、協定違反措置の実質的な「撤回」でなければならない。これは、違反措置の廃止 (repealing) によって達成されうる。しかし、当該加盟国が他の措置の採用によってこれに置き換えたような場合は、当該実施措置もまた DSB 勧告を遵守し協定整合的であることにより、実質的な撤回をもたらしたといえるものでなければならない。DSU22.8 の第1の場合をより協議に解することは可能であるけれども、それでは紛争の終局的な解決には必ずしもつながらない。第1の条件についても、第2第3の条件の場合と同様に、終局的かつ実質的な解決をもたらすものでなければならない。このように解することは、DSU21.5 のもとでの遵守手続の射程とも整合的である。このことから、後に述べるように、DSU22.8 の意味での「撤回」を判断するには、DSU21.5 手続が適切である。したがって、DSU22.8 に定める第1の解除条件とは、譲許停止は、協定違反措置が実質的に撤回遵守され協定が遵守されるまで継続してよい、としたものと解される。遵守のための実施措置が、実質的な遵守と判断された場合は、譲許停止措置は DSU22.8 にもとづき適用されることはもはや認められず、その終了が求められる。

かかる解釈は DSU22.8 第2文によっても支持される。同第2文は、DSB に対し、その勧告が遵守されるまで監視を続ける義務を課している。これは言い換えれば、実質的遵守がもたらされるまで調査が求められていることを意味する。

さらに、22.8 解釈は、DSB 勧告の実施に関する他の規定全体および DSU の目的とも整合的でなければならない。DSU22.1 は、報復措置は、DSB 勧告の全面的遵守に優先してはならないことを定める。DSU21.5 では、遵守措置の有無および協定整合性を求めているが、これも遵守が当該違反措置の形式的廃止によるのではなく実質的遵守を示している。さらに DSU3.7 は、譲許停止は、DSB 勧告の遵守が合理的期間内に達成されない場合の最後の手段であるとしている。

実質的遵守が達成される前に譲許停止の終了を求めることは、WTO 紛争解決メカニズムの有効性を著しく弱体化させるものである。DSB により譲許停止を承認された加盟国がそれを行いうるのは、実質的遵守が達成されるまで、または実質的遵守が達成されたかについて合意に達しない場合は、DSU のもとで認められる限りで多角的貿易機構により保証された限りで、である。

EC は、DSU22.8 の3つの条件は、選択的關係に立つものであるから、ある条件が満たされる場合については他の場合について考慮する必要はないと主張する。確かに、これら3つの条件は選択的關係に立つが、いずれも譲許停止を終了させ紛争を終局的に解決するという、同一の結果を導くためのものである。違反措置の形式的な除去だけでは、終局的な解決にとって十分ではない。

DSU22.8 第2文の DSB による監視に関する規定は、明らかに譲許停止が継続している場合に調査が続けられる場合を想定しているものであり、22.8 にもとづく譲許停止の承認は実質的遵守が達成

されるまでは失効しないことを示している。EC がいうように、遵守実施国がなんらかの実施措置をとったことを通報することのみで譲許停止の終了が求められるとすれば、譲許停止があくまで完全な遵守を導くための有用性を弱めてしまう。かかる立場は、多角的貿易システムに安定性および予測可能性を与えるという DSU の目的と適合しない。

DSU22.8 は、その3つの解除条件のいずれかに該当するか否かについて争いがある場合に取りべき手続を特定していない。このことは、加盟国が譲許停止を発動するのみで受動的であってよいとするものではない。譲許停止は異常事態であるから、無期限に継続してよいものではない。加盟国は協力して正常な状態、すなわち協定遵守が達成され譲許停止が存在しない状態への復帰を目指して行動すべきである。したがって、譲許停止国も、遵守実施国もいずれもが、譲許停止が暫定的であることを保障すべき責任を持つ。両当事国共に、DSU22.8 の条件が満たされているか、その結果譲許停止を終了しなければならないか、を立証するための DSU 手続を開始すべき義務を負う。そして紛争解決手続によって、実質的遵守が確認されれば、譲許停止の承認は法それ自体により(*ipso jure*)失効する。なぜなら、当該承認は 22.8 のいずれかの条件が満たされたことによって与えられたものだからである。

(1)3.3 DSU22.8 に関するパネル分析

パネルは、DSU22.8 が除去しようとしているのは違法状態それ自体であって、形式的除去ではないとし、これは同第2文によっても支持されるとする。かかる判断は正しい。先に述べたように、22.8 は実質的遵守を求めており、それまでの間譲許停止が継続することを認めるからである。

さて、EC は、パネルが DSU23.2(a)および 23.1 のもとでの手続的違反を導く際に、EC が新指令を採用したことは「誠実」に行動したことのサインであったことに触れていることに着目する。すなわち、DSU22.8 の意味する「撤回」とは、EC が遵守のために誠実に行動したことの推定のみを基礎として立証されうるか、である。

DSU が誠実原則に言及しているのは 4.3 および 3.10 である。しかしいずれの規定も、加盟国が DSB 勧告を実施するための措置についても誠実の推定を享受しうるかについては言及していない。上級委員会は従来、誠実原則が WTO 紛争解決にも適用されることに触れてきた。

EC—Sardines ケース¹「加盟国は、ウィーン条約26条に定められた「合意は拘束する (*pacta sunt servanda*)」の原則に求められるように、条約に誠実に従うべき義務を負う。そして紛争においては常に、全ての加盟国は他の加盟国が誠実に行動したと考えなければならない。」

遵守実施国は、実施措置を採る際に誠実に行動したと推定されるが、かかる推定は加盟国 (*actor*) についてであって、行動それ自体 (*action itself*) について働くものではない。誠実の推定は、

¹ EC-Sardines, para.278

加盟国が行動した理由に関するものではあっても、遵守実施のための措置が実質的な遵守をもたらしたかに答えるものではない。誠実の推定は、両当事国が享受しうるものではあるが、DSU22.8の意味での協定違反が撤回されたか否かの判断に対する解答を与えるものではない。

本件では、ECが新指令を制定する際に誠実に行動したことの推定は得られるが、これは、実質的遵守をもたらしたことは意味しない。

仮に、「撤回」が誠実の推定のみによって立証されると解すれば、譲許停止のDSB承認は、遵守実施国による実施措置の採用とその一方的な宣言のみによって失効することになってしまう。しかし、譲許停止のDSB承認は長い手続・多くの段階を経て与えられるものである。誠実の推定のみによってDSB承認が失効することを許すのであれば、申立国と被申立国との権利義務に不公平が生じるだけでなく、紛争解決メカニズムによる安定性・予測可能性が損なわれる。遵守実施措置が実質的な遵守に相当するかについて合意が得られない場合は、これは多角的紛争解決メカニズムにより解決すべきである。(この点でカナダの見解を支持する)。したがって、誠実に実施された遵守措置が存在することのみによって、米国・カナダの譲許停止措置を終了させなければならないとのECの見解には同意できない。

(1)3.4 パネルはEC指令2003/74/ECのSPS協定整合性にふれたことでその権限を逸脱したか?(para.322-332)

ECは、パネルは、新指令のSPS協定整合性まで判断することで、その付託事項をこえる事項についてまで判断をしたと主張する。

DSU22.8の意味する「撤回」とは、実質的な遵守でなければならない。そのため、DSU22.8にもとづき米国・カナダが譲許停止の終了を求められ、これを終了しないことがDSU23.1違反となるか、を判断するためには、EC指令2003/74/ECがDSB勧告に従っているかを判断しなければならない。そのためには、ECが新指令採用を誠実に行ったことだけでは撤回の立証には不十分である。すると、ECの主張第1と第2とは不可分のものであり、別個に判断することは出来ない。

EC-Hormones ケースでは、エストラジオールー17β等6つのホルモンを投与された畜牛から生産された食肉に関する禁輸措置がSPS協定5.1に違反するとされたが、これは当該禁輸措置が適切な危険性評価に基づくものでないことを理由とする。

ECは、新指令が包括的危険性評価に基づくものであり、エストラジオールー17β被投与食肉に関する永久的禁輸措置を十分に根拠づけるものであり、他方、他の5種類のホルモン投与食肉については暫定的禁輸措置としたことで、SPS協定5.7に整合的であるとする。これにより、ECはオリジナルケースのDSB勧告の遵守を実施したと主張する。

オリジナルケースのDSB勧告を遵守するためには、ECは実質的遵守を実施しなければならない。

パネルは、エストラジオールー17β 被投与食肉に関しては、EC が DSB 勧告を実施したかを判断するために、EC が適切な危険性評価にもとづく禁輸を新指令によって行っているか、を検討しなければならない。

しかし、他の5種類のホルモン被投与食肉については、状況が異なる。EC-Hormones ケースの DSB 勧告には、SPS 協定 5.7 条違反の判断は含まれていない。我々は、パネルは新指令の SPS 協定 5.7 整合性判断から排除されていないと考える。それは、EC が、新指令により、5種類のホルモン被投与食肉の永久的禁輸措置が暫定的なものに置き換え、SPS 協定 5.1 に替えて 5.7 を正当化の根拠としたにすぎないからである。SPS 協定 5.1 および5種類のホルモン被投与食肉の禁輸措置に関する DSB 勧告遵守がなされたかについては、暫定的禁輸措置の SPS5.7 整合性判断なしには、立証されえない。禁輸措置の新たな正当化根拠が SPS 協定整合的でなければ、実質的遵守がなされたとはいえない。

上級委員会は、DSU7 によるとパネルの付託事項はパネル設置要求に支配される、と述べた。EC は本件パネル設置要求において SPS5.1 および 5.7 の検討を求めている。また、報復措置発動後の段階におけるオリジナルケースの被申立国によるパネル設置要求は、報復措置発動前の段階における遵守手続に関するパネル設置要求とは、異なることにも注意が必要である。

しかし、EC はオリジナルケースでの SPS 協定 5.1 違反について、新指令の通報により DSB 勧告を遵守を実施したと主張している。また、EC 新指令にもとづく5種類のホルモン被投与食肉の暫定的禁輸措置は、SPS 協定 5.7 に関係する。さらに、本件パネル設置要求に際し、米国・カナダが新指令が SPS 協定整合的でないと考えていることをも認識している。そして、EC は、米国・カナダの DSU22.8 違反認定を求めているが、これは EC-Hormones ケースの DSB 勧告を EC が遵守したかの判断と結びついている。そうすると、本件パネル設置要求で列挙された EC の請求を、相互に独立に判断することはできない。

これらの要素を全て併せ考えれば、EC 新指令の SPS 協定 5.1 および 5.7 整合性判断は、パネルの付託事項の一部であるといえる。したがって、パネルによる権限逸脱は認められない。パネルが、EC による DSU22.8 請求を判断する為には、EC によるオリジナルケースの DSB 勧告遵守措置が SPS 協定整合的であるかを判断する管轄を有する、としたパネル判断を支持する。

(1)4 DSU22.8 のもとで協定違反措置が撤回されたか否かを解決するため取るべき手続

(1)4.1 協定違反措置が撤回されたか否かに関する争いを解決するために適切な手続はどの手続か(para.333-345)

EC は、ある加盟国が、他の加盟国による協定違反措置が撤回されていないと考える場合には DSU21.5 手続によるべきであると主張する。DSU21.5 の、「(紛争解決手続に)よって判断されるべき

(shall be decided)」および「(オリジナルパネルの利用を)含む(including)」という文言が、遵守に関する争いのある場合には 21.5 パネル手続が用いられるべきとして、強制的なもの(a mandatory step)と読むべきとする。他方、米国・カナダは「紛争解決手続によって判断されるべき」との文言は、紛争解決手続によればよいのであって、21.5 パネル手続はいくつかの選択肢の一つにすぎないという意味だと解する。パネルは、米国・カナダの見解と同じ立場だと考えられる。

DSU21.5 の第1文は、本項の射程に入る手続を特定する。「紛争解決手続」とは、21.5 第2文と併せて読むと、DSU のもとでの全ての手続を意味するのではなく、手続に要する時間の短縮が可能となることから、オリジナルケースのパネルによるパネル手続が望ましいことを述べているといえる。21.5 は、その第一文において、請求原因の判断の為には本項の言う手続とはパネル手続を指す、と述べているといえる。

本件の核心は、EC 新指令が EC-Hormones ケースの DSB 勧告を実質的に遵守しているか、であり譲許停止の継続の違法性を評価するためには、実質的遵守についての EC と米国・カナダとでの争いが解決されなければならない。

パネルは、実質的遵守を判断するためには、21.5 パネルが望ましいと述べたにもかかわらず、それには限られない、とした。確かに、DSU は紛争解決手段として、両当事国が合意にもとづく解決またはそれに替わる解決を選ぶことを廃していない。しかし、協議、仲裁、斡旋、調停、仲介は、いずれも強制力のある決定の代替的手続であり、また両当事者の合意を必要とする。かかる合意が存在しない場合には、拘束力ある結論を導くことはできない。したがって、紛争解決の手段には、これら合意にもとづく手続であって当事国の裁量(disposal)によるものと、パネル手続をへた強制的なものに分けることが重要である。本件では、DSU25 にもとづく仲裁によっても合意に達しなかったのである。従って、本件の争点は、両当事者が合意ベースの手続を利用できなくなった場合に、いかなる手続を取るべきかである。

こうした場合に、本件手続のように、譲許停止の適法性を問う新たなパネル手続の利用も可能である。しかし、その判断は EC 新指令が実質的遵守といえるかに依存するので、パネルが自覚するように 21.5 遵守パネルと同様の役割を果たすことになる(本件では、EC は 21.5 手続を開始できないと考えたから、新パネルの設置を請求した)。

22.8 に関する争いは、協定違反措置の撤回に関するものであるから、既存の紛争に起因するものである。すると 21.5 手続の方が手続の同一性を維持し、終局的解決をもたらしやすいと考えられる。

さらに、21.5 手続による方が、紛争解決手続のより効率的利用といえる。

Mexico-Corn Syrup(Article 21.5-US)²「第一に、21.5 パネルのパネリストは、オリジナルパネルのパネリストであるから、当該紛争を知悉しており、オリジナルパネルでの経験により効率的に事件を取り

² Mexico-Corn Syrup(Article 21.5-US), para.121.

扱うことができる。第二に、21.5 パネルの報告までの期限は原則 90 日間であるから、新パネルが 6-9 ヶ月間与えられているのと比べて、より短い。」

本件では EC 新指令の DSB 勧告遵守について争いがあり、EC-Hormones ケースのパネリストは本件紛争の背景にも、旧指令の協定違反についても知悉している。21.5 手続によれば、これらパネリストの経験を活用して新指令の協定適合性を判断することができ、より短い期限の中で判断されることとなる。これは、紛争解決システムが迅速な解決を目的とすることとも整合的である。

したがって、本件のように、譲許停止の対象国が DSB 勧告遵守措置を実施したが、これが 22.8 にいう「違反措置が撤回された」といいうるかにつき争いがある場合には、21.5 手続を利用することが適切である。EC の主張を支持する。

(1)4.2. EC は 2003/74/EC が遵守にあたるかの判断に関する DSU21.5 手続開始から排除されるか? (para.346-))

EC は、パネルが、DSU21.5 手続は EC によっても開始し得たと判断したことは誤りである、このことは 21.5 の文脈および目的から自明である、と主張する

この点につき DSU21.5 は、いずれの当事国が当該手続を開始すべきか示していない。この点で DSU21.5 は中立的であり、両当事者に遵守措置の協定適合性判断のための手続開始の道を開いている。したがって、EC は 21.5 手続開始から排除されない。

報復措置発動は、「異常な」事態である。22.8 は、かかる異常な事態を暫定的なものであり正常な状態の可及的速やかな回復しなければならないとしている。

したがって、EC 新指令の協定適合性判断によって、違反措置が撤回されたか否かを判断し、それによって DSU22.8 にもとづき報復措置を撤回すべきか、を判断するための、DSU21.5 手続はいずれの当事国によっても開始されうる(para.348)

EC は、DSU21.5 手続を、オリジナルケースの被申立国が開始することが許されないとすべきいくつかの理由があると主張する。すなわち、

- (a) WTO 紛争解決手続は当事者主義的構造であり、それゆえに、加盟国が措置の整合性に関する「抽象的な確認(abstract confirmation)」を求めることはできない
- (b) DSU21.5 手続におけるパネル付託事項の決定に関する困難
- (c) オリジナルケースの申立国が手続参加を拒む可能性
- (d) 遵守措置が協定整合的と認定されたとしても、譲許停止の継続が違法であることに直接的に言及した(DSB)勧告およびルーリングの欠如

以下、これらにつき順に判断する。

- (a) WTO 紛争解決手続は当事者主義的構造であり、それゆえに、加盟国が措置の整合性に関する

る「抽象的確認(abstract confirmation)」を求めることはできない、について

EC は、かかる主張のために、DSU3.3 の「紛争(dispute)」概念に言及する。また GATT1994 の 23.1 も同様の概念を示したものとして言及する。

通常、オリジナルケースの被申立国は、自らの取った遵守措置により自らの協定上の利益が侵害されたとは考えない。しかし、報復発動段階においては別である。報復措置により、協定上の利益を侵害されたと考える。

オリジナルケースの被申立国の要請によって設置された DSU21.5 パネルの役割は、遵守実施措置が実質的遵守にあたるかを判断するものである。それゆえなら、「抽象的」な判断を求められるものではない。譲許停止を継続することが許されるか否かを含めた、現実的な結果をもたらすものである。(paras.350-352)

(b) 21.5 パネルの付託事項－オリジナルケースの被申立国による設置要求の場合

EC 主張のように、オリジナルケースの被申立国は、遵守実施措置が WTO 違反となるかについて認識しがたい地位にある。そのため、遵守が協定違反を実際には是正したか否かは 21.5 パネルが判断すべきである。オリジナルケースの申立国は、遵守実施国の実施措置が協定違反と考えるならば、自ら 21.5 パネル設定要求もできる。21.5 パネルが遵守実施措置が協定違反か、請求が 21.5 パネルの管轄外か、を判断することになる。オリジナルケースの申立国が、遵守措置が実施されてから迅速に設置要求をすることで、両方の 21.5 パネル設置要求について、実施つて樹遵守が達成されたか、オリジナルケースを参照することができる。

したがって、いずれの当事国が 21.5 パネル設置請求をするかにかかわらず、21.5 パネルが DSU22.8 の解除条件のいずれかが充たされたと判断すれば、譲許停止は方それ自体として適用できなくなる。(paras.353-355)

(c) オリジナルケースの被申立国が開始した 21.5 パネル手続に、オリジナルケースの申立国が参加するインセンティブ

EC は、EC-Bananas III(Article21.5-EC)事件のように、譲許停止国側が 21.5 パネルへの参加を拒絶する可能性があることを指摘する。しかし、同事件には固有の事情もあった(para.357)。また、確かに理論上はオリジナルケースの申立国が 21.5 パネル手続への参加を拒む可能性はあるが、これは 21.5 手続の特徴ではない。オリジナルケースの申立国が 21.5 手続参加を拒めば、遵守実施国が「一応有利な推定」を得ることになるという危険を冒し、さらには遵守実施国による遵守措置が実質的遵守に相当しないことや譲許停止の正当性を主張する機会を失う。すると、一応有利な推定が反証可能であることからすれば、オリジナルケースの申立国には、譲許停止承認を失効させないために 21.5 パネル手続に参加することに強い誘因がある。(para.356-358)

他の場合と同様、譲許停止発動後に設置された場合にも、21.5 パネルは問題の客観的評価を行う。究極的な課題は、違反措置が「撤回された」か否かである。それを判断するために、両当事者が負うべき立証責任の分配については、21.5 パネル申立国が一方的に立証責任を負うという機械的ルールは適切ではない。DSU22.8 請求に関する立証責任分配の役割は以下の考慮による:22.8 請求の請求原因の性質は何か、いずれの当事者が特定の争点について立証が期待される地位にあるか、手続的公平性の要請。

譲許停止措置が最後の手段であることからすれば、これをもたらす原因となった加盟国が、違反措置が撤回されたことにつき立証責任を負い、正常状態への回復をもたらすべきとすることが適切である。その立証の水準は、遵守実施のための措置に関する明確な説明、および当該措置がいかんして協定違反を除去したかについて説明することである。これにより 21.5 パネルは、問題の客観的評価が可能となり、さらに、反証がなければオリジナルケースの被申立国が一応有利な推定を得られるようにすることが立証水準となる。

したがって、オリジナルケースの被申立国が、立証責任を負うとすべきである (paras.356-365)

(d) 譲許停止の継続に関する適法性判断が (DSB) 勧告によらないこと

EC は、自ら 21.5 パネル設置を要請した場合、21.5 パネルは、実施措置が遵守にあたるかの管轄しか持たないので、米国・カナダへの譲許停止の終了の勧告を出せないとする。

しかし、22.8 の第1の解除条件が満たされたと 21.5 パネルないし AB が判断し、DSB がこれを採択すれば、法それ自体により、譲許停止承認は失効する。これは、いずれの当事者が 21.5 手続を開始したかとは関係がない。

以上から、EC が 21.5 手続開始すべき立場から排除されているとの主張には同意しない。AB は、DSU21.5 手続はオリジナルケースの申立国・被申立国いずれによっても開始されうる、としたパネル判断を支持する。(para.369)

(1)5 「手続違反」に関するパネル判断の分析(米国・カナダの上訴について)

(1)5.1 特定の一方向的行為の禁止－DSU23

米国・カナダは、以下のように主張する。

パネルが両国の譲許停止の継続が DSU23.2(a)および 23.1 違反であるとしたことは誤りである。

(a) パネルが、米国およびカナダが、EC による Directive2003/74/EC の通報後に譲許停止を維持したことによって、DSU23.1 の意味における違反の是正を求めた、と判断したことに誤りがある。

(b) パネルが、米国とカナダは、DSU ルールおよび手続によらずに、Directive2003/74/EC は

WTO 協定違反であると一方的決定を行ったのであって、DSU23.2(a)に違反する、と判断したことに誤りがある。

これらにつき判断する。DSU23.1 には、加盟国型の加盟国による協定違反の是正を求めるにあたっては、DSU に従うべき基本的義務を規定する。このことは、加盟国が、以下を一方的に行ってはならないことを示す。1)協定違反が発生し、協定上の利益が侵害もしくは無効化され、または協定の目的達成が妨げられていることについての判断、2)遵守実施が行われるべき合理的期間の長さの決定、3)譲許停止の決定およびその水準についての決定。

23.2 冒頭の「かかる場合には」という文言は、23.1 の状況、すなわち加盟国が協定違反の是正を求める状況について述べている。AB は US-Section 301 Trade Act パネルの見解を支持する『「かかる場合には、加盟国は・・・しなければならない』という文言は、23.2 の柱書に使われ、23.2 が 23.1 と連動しており、併せ読まなければならないことを明確にしている。』³。すなわち、23.2 の禁ずる一方的措置とは、ある加盟国が協定違反の是正を求める際に行う行動のことである。また、かかる文言は、同項各号に示される個々の義務が、23.1 の一般的かつ継続的義務の範囲を明確にする。但し、これは 23.1 の射程が 23.2 に述べられた譲許に限定されることは意味しない。

違反措置の是正を求めることそれ自体は、むしろ 23.1 の禁止対象ではなく、DSU によらない是正要求が違反である。

加盟国が譲許停止を行うことが許されるのは、DSU の規則手続にしたがって、DSB の承認を得た場合のみである。

このことは、23.1 が DSB 承認後には適用されないことは意味しない。DSU23.2(c)は DSU22 に明示的にふれている。したがって、遵守実施国が遵守措置を実施しかかる措置が紛争解決システムによって実質的遵守であるとされたならば、譲許停止は、もはや DSU22.8 整合的とはいえず、DSU22.8 および 23 に違反する「一方的措置」となる。言い換えれば、報復は都度雨後の段階において、DSU22.8 と 23 の要件は併せて読まなければならない。したがって、DSU23 は、報復に関する DSB 承認後も、報復発動国に対して(進行中の;ongoing)義務を負わせるものであり、依然として適用されるのである。

以下、個別の論点を検討する。

(1) 5.2 パネルが DSU23.2(a)と 23.1 を 22.8 の条件と独立に検討したことについて(para.378-384)

米国は、パネルが 23.2(a) 23.1 を 22.8 と独立に検討したことは誤りであると主張する。22.8 の条件は一つも充たされていない。したがって、米国が「DSU の手続によらずに」譲許停止を行ったとするパネル判断は DSB 承認の効果著しく減ずるものであるという。

³ Panel report(citing US-Section 301 Trade Act), para. 7. 44.

また、カナダは、本件の鍵は DSU22.8 である、と主張する。22.8 は、3条件のいずれかが満たされる場合に譲許停止しうことを定めている。さらに、同第二文は、DSB が完全な遵守が達成されるまで管轄を有することを示している。したがって、パネルは、DSU22.8 により、カナダが譲許停止の終了を求められるべきか、を判断すべきであった、と主張する。

この点について、米国・カナダの譲許停止は、EC-Hormones ケースの勧告、および 22.6 にもとづく譲許停止水準に関する仲裁を経て、DSB が承認したものである。DSB 勧告に基づく譲許停止は、23.1 違反ではない。報復発動後の段階においては、遵守措置が実施された後の報復の違法性判断のためには、DSU22 と 23 の要件は併せて読まなければならないからである。

したがって、我々は米国・カナダの主張を支持する。EC 新指令実施後の譲許停止の継続が DSU23 違反であるかを判断するためには、パネルは譲許停止が DSU22.8 整合的か、を判断すべきであった。

EC は新指令は、遵守のために実施されたのであるから、21.5 手続が完了するまでは『遵守』しているとみなされるべき、と主張する。

しかし、誠実の推定のみでは実質的遵守の立証には足りない。また、遵守措置の実施を通報するだけでも足りない。(以下、誠実の推定に関する判断と同内容)

EC は、新指令の実施により、譲許停止は目的を達成しており、なんら協定遵守をみちびくものではない、と主張する。

しかし、DSU22.1 が定めるように、譲許停止は、協定遵守に優先するものではない。協定遵守が達成されないうちに譲許停止の終了を求めることは、その役割を損なわしめ、紛争解決システムの効果をも弱体化させる。

EC は、EC の立場は、「国際的に不正な行為を行う国家の責任についての条約 (Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)」において、報復措置が終了されるべき場合についてのアプローチとも整合的である、と主張する。

しかし、同条約によっても、EC の立場は支持されない。同条約 53 条によれば、報復措置の終了は、「国家がその義務を果たしたとき」にもたらされるべきとしている。関連する国際法上の原則によっても、報復措置は、国家が条約上の義務を完全に遵守するときまで継続することが許される。

以上、米国・カナダによる譲許停止措置は DSB によって承認されたものであるから、DSU23.1 違反ではない。また、22.8 によれば、報復措置の継続が協定違反かどうかは、EC-Hormones ケースで違反とされた措置の撤回に依存する。したがって、パネルは、EC の 23.2(a)、23.1 および 22.8 にもと

づく請求を別個に判断したことにおいて誤りがある。

但し、DSB 承認の存在は、DSU23 が無関係であることは意味しない。DSU23.2(C)が定めるように、譲許停止はDSU22の対象であり、違反措置が撤回されるまで適用しうるに過ぎない。したがって、紛争解決手続により、違反措置が撤回され、その後も譲許停止が直ちに終了されなかった場合は、米国・カナダによる譲許停止措置は23.2(c)違反となり、ひいては23.1違反といえる。そのための条件をDSU22.8が示しているので、22.8の条件が充たされたか否かを紛争解決手続によって判断しなければならず、ECと同様米国・カナダもこの手続をとるべき義務を負う。かかる手続をとらない場合、紛争解決手続によらない是正を求めるものとして、DSU23.1に違反する可能性があるが、本件では、米国・カナダは、ECの開始した本件手続に参加することで、(オリジナルケースの違反措置が撤回されたか否かを判断するための)手続をとるべき義務を果たしているといえる。

(1)5.3 パネルが、米国・カナダが譲許停止を継続したことで、EC指令2003/74/ECについて「違反是正を求めた」としてDSU23.1違反としたことは誤りか

米国・カナダは、パネルが、米国・カナダが譲許停止を継続したことで、EC指令2003/74/ECについて「違反是正を求めた」としてDSU23.1違反としたことは誤りである、と主張する。

しかし、パネルが、新指令による禁輸措置の存在は、新たな措置が実施されていないことを意味しない、としたことは正しい。さりながら、パネルのDSU23分析では、EC実施措置が実質的遵守にあたるかを判断していない。譲許停止を終了すべきかにとって、かかる分析は必要である。すると、パネルが米国・カナダの報復措置が23.1違反と述べるのに、未だ立証されていない事実を前提としたことになる。これは、DSU23.1と23.2(a)とを、同22.8と独立に判断するという誤ったアプローチを取った帰結である。

さらに、米国・カナダが譲許停止のDSB承認を得たことは、それが義務であることを意味しない、とパネルは述べている。しかし、米国・カナダがEC新指令の是正を求めているかの判断においては、DSB承認が単なる承認か義務か、に違いはない。重要なのはDSU22.8の3条件のいずれかが充たされているかである。その判断がなされない間は、譲許停止のDSB承認は有効である。

(paras.385-389)

また、DSU22.8第一文から、両当事国が合意による解決が得られた場合、および、協定違反措置が撤回された場合には、DSB承認が必要ないとパネルが解釈している点は支持する。しかし、違反措置の撤回について両当事国間に争いがある場合には、譲許停止を終了しなければならないか否かは21.5手続によって解決されるべきであり、そのためには、パネル設置、パネル・上級委員会報告採択についてDSB決定が要件となる。さらに、DSU22.8第二文が、DSBに対し勧告又は裁定の実施について監視を継続すべきとしていることから、遵守達成についてのDSBの役割が顕在である

こと、紛争が多角的システムによって解決されるべきであって、遵守または不遵守の一方的宣言によって決定されるべきでないことが示されている。

パネルがWTO設立協定XIV:4で、加盟国に対する協定遵守義務を定めていることに触れているが、これは、22.8による譲許停止終了の条件が満たされたか否かに関する限りでは、DSU23.1分析には関係がないと考える(paras.389-340)。

上訴の際に、ECが、協定違反措置と異なる新措置の採用はそれ自体で誠実の推定を享受しうるとしたことについては、誠実の推定だけでは、完全な遵守がもたらされたと立証するには足りないことは既に述べた(section D)。

さらに、ECが、米国は譲許停止を新措置に対して行っていることを認識していた、とDSB会合における米国意見表明をもとに主張する。これについては、以下4で検討するように、DSB会合での意見表明それ自体は何ら法的効力を持たない。さらに、ECが用いた米国の意見表明文(the Trade Policy Agenda documents)には、「米国は、ECの新措置がDSB勧告又は裁定をいかに実施しているのかわからないため報復を継続する」と述べられており、これは、譲許停止措置が新指令(新措置)に対するものではなく、むしろ、米国は、ECが旧措置(96/22/EC)に関するEC-HormonesケースでのDSB勧告の実施がされていないと考えてそれを譲許停止の根拠としていることを示している。

以上、パネルは、ECによる指令2003/74/ECの通報後も米国・カナダが譲許停止を維持したことが、DSU23.1に違反して「是正を求めた」にあたることは、誤りである(para.393)

(1)5.4 米国・カナダがDSU23.2(a)に反して、DSUによらずにECの協定違反を一方的に決定したとのパネルの判断は誤りか

米国・カナダは、パネルが、米国・カナダがDSU23.2(a)に反して、DSUによらずにECの協定違反を一方的に決定したと判断したことは誤りである、と主張する。

この点につき、我々は、米国-Section 301 Trade Actケースのパネル報告書における、DSU23.2(a)の「決定(determination)」の解釈を支持する。同報告書では、決定とは、「高度の堅固さ(firmness)と不変性(immutability)を意味し、すなわち多かれ少なかれ、ある加盟国が他の加盟国のとった措置がWTO協定違反と考えるか否かについての最終的な決断を意味する」⁴。また、是正を求める意図が明らかでない暫定的な意見や見解は、DSU23.2(a)の対象ではない⁵。本件で、米や加が述べた意見表明は、ECによる新指令実施の通報から間もない(2週間後、および5週間後)であるから、初期的な反応以上のものではないと思われ、米国・カナダが最終的な意見を形成するには本件事案の

⁴ Panel report, US-Section 301 Trade Act, footnote 657, para. 7. 50.

⁵ US-Continued Suspension, WT/DS320/AB/R, para.396(citing Panel report, US-Section 301 Trade Act, footnote 657, para. 7. 50; Panel Report, US-Certain EC Products, para. 6. 18).

複雑さを考えてももっと時間がかかったと考えるのが相当である。したがって、DSB 会合における米や加の意見表明は 23.2(a)の意味する「決定」というためには、十分な「堅固さおよび不変性」を欠くとする、米国・カナダの主張を支持する。

かかる DSB 会合での意見表明において、米国・カナダは EC 新指令の科学的正当性についての議論を続ける意思があることを述べている。パネルは、その後の協議での議論のほとんどが手続的な争点に関するものであったとするが、そのことのみでは、少なくとも DSB 会合の時点で米国・カナダが 23.2(a)の意味での一方的決定を行ったことは意味しない。

さらに、DSB 会合での意見表明は何ら法的効果をもつものでなく、またそれ自体として最終的決定に関する法的地位を有するものではない。むしろ、DSB 会合における加盟国の意見表明は紛争解決の文脈で加盟国の地位に影響を与えると考えるべきではない。こうした意見はむしろ外向的・政治的なものとみるべきである、との米国の指摘は正しい。DSB 会合で、加盟国が他の加盟国の措置の協定違反について意見を述べること DSU23.2(a)違反の根拠となるような法的効果を持つと解すると、DSB 会合で自由な意見を述べないようになるという「萎縮効果(chilling effect)」が生ずる。そうすると、DSB が DSU21.6 の遵守監視機能を果たせなくなるおそれもある。

なお、EC が、米国-Upland Cotton(Article 21.5-Brazil)ケース上級委員会報告を引用して、米国政府による報道発表が、遵守措置を実施したとの認定につながったと主張するがこれは間違いである。同事件では AB は、措置それ自体の検討によって判断したのである。しかし、本件パネルは、米国・カナダが「決定」をしたかの判断で、DSB 会合での意見表明を直接的根拠としている。

したがって、我々は米国・カナダの主張を支持する。DSB 会合での米国・カナダの意見表明は何ら堅固さと不変性をもつものではないから、DSU23 の意味での「決定」には該当しない (paras.395-401)。

米国・カナダは、パネルが、米国・カナダが、EC による新指令実施の通報後も譲許停止を継続したことも「決定」をしたことの証拠となるとしたことについて、パネルが、米国・カナダが譲許停止を終了させなかった「不作為(“inaction”, or “non-feasance”)」から「決定」を推論するという誤ちをおかしたと主張する。

先に述べたように、米国・カナダによる譲許停止は DSB 承認に基づくものであり、EC-Hormones ケースで協定違反とされた措置(指令 96/22/EC)が、DSU22.8 の意味で「撤回」されたと判断されるまでは有効である。撤回の判断は WTO 紛争解決手続きを経て行われるべきであり、それまでは DSB 承認は失効しない。かかる状況下では、譲許停止は、EC 旧指令への報復として DSB が承認を与えたものであり、DSU によって、かつ DSU にしたがって行われたものといえる。したがって、米国・カナダが譲許停止を継続していることは、米国・カナダが EC 新指令について DSU23.2(a)に違反して一

方的決定を行ったことを裏付けるものではない(paras. 402-403)。

米国は、パネルが、23.2(a)の「決定」を推論するために譲許停止の継続を根拠としたことで、DSU23 に期限 (deadline)を読み込むこととなった。しかし、23 には期限について何ら書かれていない、と主張する。

しかし、譲許停止が DSU 違反となる期限について認識しなければ、加盟国はいつ、どれだけの長さ、DSB 承認に基づいて報復を発動しうるのか確信が持てないことになる。そのような結果は、DSU の目的(安定性と予測可能性の提供)に合致しない。いずれにせよ、我々は、オリジナルケースの被申立国もまた DSU21.5 手続を開始しうること、DSU22.8 のいずれかの条件が充たされれば報復の DSB 承認は自動的に失効すること、を既に述べたのであるから、この問題についてはこれ以上の検討は必要ない。

以上から、米国・カナダが DSB 会合において EC 新指令について意見を表明した事実、および新指令の通報後も譲許停止を継続した事実にもとづき、パネルが、米国・カナダが 23.2(a)に違反する一方的決定を行った、と判断したことは誤りである、と結論する(paras. -405)。

また、米国・カナダが譲許停止を行っていることが、紛争解決手続によらないで EC 新指令に対して協定違反を決定した、としたパネル判断については、EC 新指令の実施によって違反措置(旧指令)を「撤回した」といえるかについて、WTO 紛争解決システムによって決せられていない以上、DSB 承認は未だ有効である。

米国・カナダが DSU23.2(a)に違反する一方的決定を行ったとするパネル判断が誤りであることから、当該決定が DSU パネル手続または仲裁手続によらずに行われたとするパネル判断もまた、誤りといえる。

(1)5.5 結論

以上述べたように、米国・カナダが EC 新指令について、DSU23.1 に違反して、当該措置の是正を求めたとするパネル判断、および、23.2(a)に違反して協定違反との一方的決定を行ったとするパネル判断が誤りであると結論し、これを破棄する。

また、EC は、米国・カナダによる 23.1 および 23.2(a)違反から、パネルは米国・カナダの 21.5 違反をも認定すべきであったと主張した。しかし、米国・カナダの 23.1 および 23.2(a)違反に関するパネル判断を破棄する。さらに、オリジナルケースの被申立国も 21.5 手続開始から排除されないことは先に述べたとおりである。したがって、EC の請求(米国・カナダの 21.5 違反認定)を棄却する。但し、このことは、米国・カナダが紛争解決手続に協力的に参加すべき義務を負わないとする意味ではない。米国・カナダ、EC のいずれもが 21.5 手続に参加する義務を負い、DSB 勧告への実質的遵守が達成

されたか、また DSU22.8 の解除条件のいずれかが充たされたか、についての客観的評価を得なければならない。

(1)6 パネルが SPS 協定違反を判断する管轄を有しない、とのパネル判断について

米国・カナダは、上級委員会が、米国・カナダの DSU23.1 および 23.2(a)違反を認めたパネル判断を支持する場合には、AB に、パネルには EC 新指令の SPS 協定整合性についての管轄がない、とするパネル判断の破棄を求めている。

しかし、米国・カナダによる DSU23.1 および 23.2(a)違反を認めたパネル判断を破棄するので、米国・カナダによる本請求の条件は充たされない。しかし、セクション D.4 で述べたように、パネルには、DSU22.8 請求を判断する上で EC 新指令の SPS 協定整合性を判断する管轄権がある。しかしながら、セクション VI、[4]で述べるように、我々は SPS 協定 5.1、5.7 に関するパネル認定を破棄する。

(1)7 パネル提案について

パネルが、米国・カナダが DSU に則った手続を直ちにとるべきことを提案したことについて、米国・カナダは DSU23.3(a)、23.1 に関するパネル判断を上級委員会が支持する場合は、パネルの提案を破棄すべきである、と主張する。

他方で、EC は、パネルの提案は不明確なので、米国・カナダが譲許停止を終了させ、また DSU21.5 手続を開始すべきことが明らかとなるよう、上級委員会はパネル提案を修正すべきである、と主張する。

パネル提案については、DSU23.3(a)、23.1 に関するパネル判断を破棄した以上、パネル提案もまた維持されない。

(2) パネルの専門家の選定に関する適性手続違反

(2).1. 上訴における当事国主張と上級委員会の判断

EC は、パネルが二人の専門家を選出しその意見に依拠するにあたり、適性手続原則を尊重せず、ひいては DSU11 に定める問題の客観的評価を怠った、と主張する。とりわけ、Dr.Boisseau と Dr.Boobis を専門家として選定、鑑定を求めたことにおいて、パネルは適性手続義務に違反したと主張する。

かかる EC の意見を支持する。パネルの専門家選定には適性手続違反がある。しかし、このことから SPS 協定 5.1,5.7 に関する判断を直ちに破棄することは躊躇せざるをえない。

エストラジオール-17β に関しては、パネル判断を破棄する。

(2).2.適性手続原則に関する判断

紛争解決手続においては、適性手続原則が重要視されなければならない。このことは、紛争解決手続に不可欠な原則であり、それが手続公平性確保の基本でもある。

適性手続原則は、DSU11 (US-Gambling)「パネルの客観的評価義務」にも反映されている

以下、本件パネルによる、Dr.Boisseau と Dr.Boobis の選定・鑑定依頼について検討する。

(a) 選定基準

パネルの、専門家への鑑定依頼権限は DSU13(13.2), SPS11.2 に規定されている。

選定に関する基準は、本件 Working Procedures⁶ と Rules of Conduct sec. II (Governing Principle) に示されている。そして、RC IV. 2⁷ および RC sec. IV には、「専門家について収集すべき情報についての例示 (Illustrative List of Information)」があげられている。これは、鑑定を依頼する専門家の独立性 (independency) と公平性 (impartiality) を維持するために必要なものである。その場合、独立性・公平性が影響を受けるおそれ又はこれらに関する正当な疑念があるか、について自ら情報を提供しなければならない。

上級委員会は、これらは厳格な基準であると考え。この点で、EC が緩い基準だと主張したことには賛成できない。但し、情報開示は、その者が鑑定者から直ちに排除されることは意味しない。影響を受けるおそれ・正当な疑問については客観的に判断すべきである。

(b) 鑑定における利益衝突の可能性についての情報開示

Illustrative List sec IV (Ab/R; para 448-449) の (b) 項には、当該専門家の専門的関心、同 (c) 項には、専門家のその他の現在の関心、についての情報を求めている。また、WP の Para. 4 では、履歴書 (Curriculum Vitae) の提出を求めている。

Dr.Boisseau の書類は、独立性公平性判断に必要な関連事実を示していない。単に、自ら結論しているにすぎない。しかし、JEFCA との関連性は履歴書から判断しうる。さらに、Dr.Boisseau の仏政府への意見については、EC 自らも投与の目的別に規制をしているなど、それが成長促進目的でなく治療目的に関して意見したことが、なぜ公平性を欠くことの根拠となるのか、が明らかでない。以上から、EC の主張は否定される。

したがって、パネルは、RC および RC para 4 の権限逸脱していない。

paras. 3, 7, 9, 11 (The selected experts shall act in their individual capacities and not as representatives of any entity. They shall be subject to the Rules of Conduct for the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (WT/DSB/RC1), including the self-disclosure requirement set out in Section VI of the rules of conduct.)

⁷ As set out in paragraph VI:4 below, all covered persons described in paragraph VI.1(a) and VI.1(b) shall disclose any information that could reasonably be expected to be known to them at the time which, coming within the scope of the Governing Principle of these Rules, is likely to affect or give rise to justifiable doubts as to their independence or impartiality. These disclosures include the type of information described in the Illustrative List, if relevant.

(c) 両博士の過去の JEFCA 所属

両博士は、いずれも JEFCA に密接な関連を持っており、またレポート作成に重要な役割を果たしたといえる。すなわち、Dr.Boisseau は 1999 レポート時には Chairman,2000 レポート時には Vice-Chairman であった。Dr.Boobis は、1999 レポート時、2000 レポート時いずれにおいても Papporteur であった。

パネルは、両博士への質問範囲を限定するのは困難であったと思われ、現に限定していない。また、SPS5.1「特異性(specificity)」要件に直接に関連する質問をもしている。

パネルは、その理由付けにおいて、全面的に両博士の鑑定意見に依拠している。

EC 新指令は、当該レポートに対し疑問喚起するものである。両博士が、レポート作成に重要な関与をしていたことを考えれば、両者の独立性・公平性は維持されにくいといえる。したがって、適性手続原則遵守義務に反する。

JEFCA が全員一致方式で結論を出していることは、必ずしも、特定の科学者の意見と無関係であることは意味しない。両博士は、作成者の側に立って JEFCA レポートを認識するだろう。

両博士が査読に慣れていることや科学の発展について認識していることによっては、JEFCA 寄りになりがちであり独立性公平性を欠くおそれは否定されない。

SPS3.3 の国際基準が存在する場合に、加盟国が国内法制定実施の際に、国際基準適合的な法を制定実施したとの推定をうけることは、国際基準より高度な基準を採用する場合に、独立性公平性を欠くおそれのある専門家を指名したことを正当化するものでない。むしろ、不適切な氏名であったとの印象を強める。

パネルが高度に科学的な問題を取り扱う際の、専門家選定に関する現実的実務的困難は認識する。しかし、本件のように、指名された専門家が JEFCA およびそのレポート作成に重要な関与をしており、さらに EC 新指令が JEFCA レポートで行われた本件対象ホルモンについてのリスク評価に疑問を呈するものであるような場合、EC 指令において行われた危険性評価の是非を、これら博士に問うことは不適切である。そして、専門家鑑定がパネルの判断過程に重大な影響を及ぼすことからすれば、かかる実務的困難さは、当事国の適性手続を受ける権利に代わるものではない。

以上から、パネルは、専門家選定と鑑定依頼において適性手続違反をおかした。また、パネルは、両博士を指名した結果、DSU11 に定められた客観的評価義務を遵守しなかったといえる。

(3) SPS 協定 5.1 にもとづく EC 指令 2003/74/EC の評価

(3).1. SPS 措置採用の際に適用される一般原則

SPS 協定は、加盟国が SPS 措置を採用する権利を認めているが、当該措置は SPS 協定整合的で

あること、適切に正当化されること、が求められる。(para.522)

SPS 協定にはいくつかの概念が定義されているが、SPS 措置の採用は加盟国の意思決定の一側面であることを述べている。そして SPS 協定付属書 A パラグラフ5では、保護水準の選択を認めている。あくまでも、保護水準が SPS 措置を決めるのであって、その逆ではない。保護水準とは、量的に示される必要はないが、SPS 協定適用が不可能となるような不明確さや多義性を持つものであってはならない。(para.523)

また、危険性評価もまた重要な意思決定である。SPS5.1 では SPS 措置が危険性評価に基づくものでなければならない、とし、さらに 5.7 による措置の採用をも認めている。危険性評価は、SPS 付属書 A パラグラフ4に定義されている。SPS5.1 は、SPS2.2 の基本的義務を特に定めたものである。SPS2.2 は、SPS 措置が科学法則及び十分な科学的証拠に基づくものでなければならないと定める。上級委員会は、SPS2.2 と 5.1 はあわせ読まなければならない、なぜなら、SPS2.2 は、SPS5.1 で実現されるべき 2.2 の基本的義務の要素について情報を与えているからである。危険性評価における考慮要因は SPS5.2 に定められている。EC-Hormones ケース上級委員会は、危険性評価とは SPS 措置の科学的根拠を確立するための科学的調査であるとした。したがって、科学が危険性評価では中心的役割を果たす。他方で、実験室内でのみ検知される危険性に絞るような狭すぎるアプローチを取るべきではないことも警告している。(paras.524-527)

SPS5.1 は、SPS 措置が危険性評価に「基づく」ものでなければならないとする。これは、危険性評価と措置との間に合理的関連性がなければならないことを意味する。危険性評価は、関連する科学コミュニティが一致している見解や多数派の見解に基づくものである必要はない。適切かつ尊重しうるソースからの情報であれば、これに基づく措置であってもよい。但し、少数派の意見に基づく場合も、SPS 措置と危険性評価との間の合理的関連性が不必要なことは意味しない。(paras.528-529)

SPS 措置のための危険性評価は、自国で行われたものでなくともよい。関連する国際機関や他の WTO 加盟国が行ったものでもよい。危険性評価は定量的なもの定性的なもの、いずれでもありうる。但し、理論上の不明確さ(theoretical uncertainty)は、SPS5.1 が評価しようとする「危険」ではなく、確認しうる(ascertainable)ものでなければならない。また、危険性評価は当該物質に「十分に固有の(sufficiently specific)」でなければならない。すなわち、ある特定の物質に関連する害であり、それによって害を引き起こす可能性のある害という意味で、固有性が求められる。(para.530)

SPS 措置を採用する権利は、義務ではない。危険性評価に照らして、またその選択する保護水準に照らして、SPS 措置を採用しないという結論も採ることができる。(para.531)

国際的基準は、SPS 協定のもとで重要な役割を与えられている。これは SPS 協定が、加盟国間での措置の調和を促進する目的を持つことで一層重要である。措置の調和は、加盟国が国際的基準に依拠した SPS 措置をとることで達成される。そのため、国際的基準に依拠した措置に対しては、

SPS 協定及び GATT1994 に適合するとの推定が働く(反証可能である)。他方で、加盟国がより高水準の保護をもたらす措置を採用する権利も認識する。かかる権利は、危険性評価の実施など、SPS 協定の遵守によって与えられる。しかし、上級委員会は、より高水準な保護をもたらす措置の採用は、SPS 協定整合性についてより厳格な立証責任を負担しなければならないことを意味するものではないと述べている⁸。本件では適切な保護水準と危険性評価に関係があることを示している。危険性評価は、加盟国の選択した保護水準と無関係ではあり得ない。保護水準は、危険性評価の範囲及び方法に影響を与える。場合によっては特別に調査研究が必要となることもある。しかし、保護水準の選択が危険性評価の厳密性や客観性に影響してはならないし、またその結果を予め定めるようなものであってはならない。(paras.532-534)

危険性評価とリスク・マネジメントについて、Codex が区別していることは理解する。EC-Hormones 事件上級委員会は SPS 協定がリスク・マネジメントの概念に言及していないことから、危険性評価からリスク・マネジメントが除外されるとのパネル判断を否定した。上級委員会は SPS 協定のもとで危険性評価の際に考慮されるべき要素を確定していないが、SPS5.2 の考慮要因リストは限定的なものではない。したがって、危険性評価において、ホルモン投与の乱用及び国家による規制の困難性も排除されない。(paras.535-536)

(3).2. パネルの SPS 協定 5.1,5.2 解釈適用について

(3).2.1 リスク評価とリスク・マネジメントとは別概念か。リスク評価に後者は含まれるか。

これらについては、両者を区別し後者を排除すべき条文上の根拠が SPS 協定には見いだせない。(paras.538-542)

(3).2.2 パネルは、かかる解釈にもとづき、ホルモンの乱用および、投与の(国家による)規制上の困難さに関する証拠を、5.1 のもとでの分析において、不当に排除したか。

乱用の証拠、規制上の問題はリスク評価に影響しうるものであるから、リスク評価の証拠に含めてよい。その場合、パネルによる検討対象となる。これらがリスク評価の一部をなさないとするとは法的誤りを導きうる。(para.545)。EC は SCVPH1999 意見、同 2002 意見で、いずれも乱用による危険性を検討している(paras.548-549)。さらに、パネルが鑑定を依頼した専門家のうち二人は、乱用による危険性の上昇・発生可能性を認めている(paras.543-551)。

したがって、パネルは、(エストラジオール 17β の)乱用的投与に関する証拠を排除することで、SPS5.1 の適用および SPS 付属書 A の「リスク評価」の解釈適用を誤った。(para.555)

⁸ EC-Hormones, paras.176 and 177.

(3).3 リスク評価における危険の固有性 (specificity)要件

SPS 付属書 A para.4「危険性の評価」の定義の解釈にかかる問題である。

(3).3.1 危険性評価において、現実的危険発生証明を求められるか

危険発生の可能性で足りるので、現実の発生まではパネルは求めていない。

EC が行うべき危険性評価とは、エストラジオール-17β 投与畜牛から生産された食肉を摂取した場合、人間の体内で残余物質発ガン性および遺伝毒性を有するか否か (EC-Hormones ケース AB)。本件パネルが求めたのもこのような評価である。したがって、EC の請求には理由がない。(paras.558-559)

(3).3.2 直接的因果関係が必要か

ECは、エストラジオール-17β 被投与食肉の摂取と、人体への悪影響発生の因果関係の有無の評価を求められている。これは、直接的因果関係を意味しない。ECがSPS5.1と同付属書Aの要件を満たす為に必要な評価とは、当該物質の摂取に(さらされること)によって、人体への悪影響が発生する一因であるか(悪影響に寄与するか)否かであって、当該物質が与える悪影響を独立して評価することではない。ある特定の危険性発生の原因として複合的要因(物質)がありうる場合、それら一つ一つについての個別的評価(differentiate)までは必要ない。

SPS5.1「それぞれの状況において適切なものに基づいて(as appropriate to the circumstances)」とは、リスク評価が特定の物質の性質や特性、および評価対象となる危険性について、調査方法上の困難をも考慮に入れなければならないことを意味するが、因果関係の検証を免除するものではない。(paras.560-562)

(3).3.3 パネルは臨床実験を求めたか

ECは、パネルが固有の危険の証明には臨床実験が必要であるかのように示唆したが、これにはABは同意しない。人体への危険が指摘されている物質について、加盟国に対し臨床実験を行うことは、倫理に反し、またSPS5.1のいう「それぞれの状況において適切なものに基づいて」の意味するところではない。(para. 563)

以上から、パネルはエストラジオール-17β が人体に発生させうる固有の危険性評価について判断を誤ったとはいえない。

(3).3.4 危険性の定量化について

EC-Hormones(AB)(paras.566-568)にてらすと、パネル判断は、①“Potential”の語に替えて“probability”を使うことで、定量的側面を導入した可能性がある⁹、②“scientifically

⁹ EC-Hormones(AB), para.184

identifiable risk”の語は、ascertainable の意味かもしれないが、危険性評価が最低限の危険性 (minimum magnitude of risk) の立証を求めたのだとすれば、かかる解釈は SPS 協定上根拠のないものといわざるを得ない¹⁰。(paras.566-)

本件危険性評価は、定量的評価や最低限のリスクの立証を求めたものでない。危険性評価で求められているのは悪影響を発生させる潜在的可能性を持つこと(potential)であって、統計的・数量的に可能性を示すこと(likelihood)ではない。(para.569)

パネルが専門家へ質問した際に「どの程度(to what extent)」という語を用いたことを EC は問題視するが、危険発生 of 潜在的可能性を持つこと(potential occurrence)からは、通常、直ちに定量的な意味を想起させない。危険発生 of 潜在的可能性を持つこと(potential occurrence)については、危険が生じうる可能性を持つことを意味すると解すべきであって、量的に示すことを求めたものではない。危険性について、その存在を確認究明できる(ascertainable)ものであればよい。この点でカナダの見解を支持する。このように、パネルが量的な評価を求めたものでないことは他の記述からも明らかである。(paras.570-573)

以上から、パネルが、エストラジオール17β による危険評価について「悪影響を発生させる潜在的可能性(potential occurrence)」について述べたことは、SPS 協定付属書 Apara.4 のリスク評価の定義に反しない。したがって、パネルによる SPS 協定 5.1 違反および同付属書 Apara.4 違反の判断を求めた EC の請求を棄却する。(para.575)

(3).3.5 立証責任の配分

パネルの配分ルール、およびその適用に誤りがあったのではないかについて検討する。

EC に対して反証可能な一応有利な推定(a prima facie case)が働く、とした立証責任配分方法自体に疑問がある。EC に対しては、①遵守のための実施措置について明確な説明、および②新措置がいかんして協定違反を除去しうるかについての適切な説明、を求めるべきであった。

さらに、一応有利な推定原則が機能しうるとしても、EC が一応有利な証明を行ったかに疑問がある。またいずれの当事者が・いかなる主張について・立証責任を負担するのかについてパネルの述べていることは明らかではない。さらに、米国・カナダが十分な反証をしたかについても、そう結論するにはまだ議論が未熟であったと考えられ、疑問がある。(para.576-584)

以上からすると、パネルの立証責任配分ルールには誤りがあった。

(3).3.6 SPS 協定 5.1 のもとでパネルが策定・適用すべき(リスク評価の)判断基準

SPS 協定違反を判断する際には、EC-Hormones ケース AB が述べているように、加盟国が

¹⁰ EC-Hormones(AB), para.186

WTO に委譲した権能と、加盟国が保持している権能とのバランスに注意が必要である。また、パネルは、DSU11 の客観的評価義務は、加盟国の判断を全面的に尊重したのでは、これを果たしたとはいえない。リスク評価について、リスク評価を実施するのは加盟国当局であり、パネルはその検討を行うのが役割である。(paras.585-590)

加盟国が行った SPS 措置採用の根拠となるリスク評価について、検討する際にパネルが適用すべき判断基準とは、EC-Hormones ケース AB 報告内容にしたがって、以下を順に検討しなければならない(para.591)

- ①加盟国の SPS 措置の根拠としての、科学的根拠(scientific basis) の確認。
- ②当該科学的根拠が、尊重できかつ適切な(respectable and qualified)ソースから提供されたものであるか。また、その科学的根拠にもとづく措置の理由が客観的かつ一貫性のあるものであるか。
- ③リスク評価の結果、問題の SPS 措置の採用が十分に保証される(warranted)ものか。

以上いずれについても、当該科学的根拠は、科学者の多数意見である必要はなく、関連する科学者のコミュニティでの基準から、適切な科学的見解であるといえさえすれば、少数意見でよい。(EC-Hormons ケース(AB))

このような検討を行うべきとすれば、本件でいえば、パネルは、EC の結論には科学的根拠を見いださうか、と専門家に照会することができたのではないか。このような問いに対しては、鑑定を依頼した専門家が異なる見解に立つとしても、回答できるだろう。

パネルは、「正解」がどの立場か、の判断を求められているのではない。EC による危険性評価は科学的根拠がない、とのパネル結論の理由付けにはいくつもの欠陥がある。

- (1) パネルの紹介した議論からは、鑑定を依頼した専門家の中には、EC の結論(エストラジオール17β が発ガン性を持つ)が科学的根拠にもとづく、との見解を受け入れているとみられるものもあった。しかし、パネルは、その結論とこれらの見解との矛盾をいかに解消するかについて、何ら述べていない。

パネルは、エストラジオール17β の発ガン性についての、一般的評価を求められたのではなく、EC によるリスク評価(と発ガン性ありとする結論)が、科学的証拠に基づくものであるか否かの判断を求められたにすぎない。パネルは、この点にこそ、焦点をあてるべきであった。

また、思春期前の子供について生じうる危険性についても、やはり EC の結論が科学的根拠にもとづくとして支持しうるとした専門家の意見があるが、これについてもやはり矛盾を解決していない。

パネルは、リスク評価の検討において適用すべき判断基準と、専門家証言への依拠におけ

る限界について、適切な配慮を怠った(para.612)。

さらに、固有の危険(specificity)について、Dr.Guttenplan は、EC がその評価を行ったと認識している回答(response)について、パネルはさらなる検討していない。EC が少数意見に依拠することが許されていることからすれば、パネルはなぜ、同博士の証言を考慮しないのか、説明しなければならない。

(2) 専門家意見が、エストラジオールー17β の発ガン性がゼロではないにしても、現実的には非常に低いという点で一致している、とパネルがまとめているが、このような判断はパネル(ましてや専門家)の行うことではない。パネルが求められているのは、EC による危険性評価の検討である。

米国・カナダの、パネルは事実認定に際して適切にその裁量を行使した、とする主張は受け入れられない。パネルは、適切な判断基準を適用していない。これは、法的誤りであり、パネルに与えられた事実認定権限の範囲にない。さらに、専門家証言の評価においてその権限を逸脱した。すなわち、単にある特定の専門家の意見をなぞることで、EC の主張に関係しうる証拠を無視した。これは、パネルが DSU11 により課せられた、事実の客観的評価を行うべき義務に反する。(para.615)

したがって、パネルは、SPS 協定 5.1 および、同付属書 A に定められた、加盟国の危険性評価を検討するにあたり、DSU11 の定める客観的評価を行う義務を果たさなかった。

(3).3.7 結論

パネルは、ホルモン投与における乱用による危険性に関して、SPS 協定 5.1 の解釈適用を誤った。また、パネルは立証責任の配分を誤った。さらに、SPS 協定 5.1 に規定された加盟国による危険性評価の検討において事実の客観的評価を行わなかった。

また、不適切な専門家選定とその意見への依拠により、EC の適性手続を受ける権利を侵害した。

以上から、EC が SPS 協定 5.1 および、同付属書 A に定められた要件を満たしていないとするパネル判断を破棄する。またこのことから、EC 指令 2003/74/EC が SPS 協定 5.1 に定められたリスク評価を行っていないとしたパネル判断を破棄する。

しかしながら、パネル分析には、多くの欠陥があること、本件事実が高度な論争を呼ぶ性質のものであることから、本件について完全な法的検討を行うことは可能ではないと考える。そのため、エストラジオールー17β 関連の禁輸措置が協定整合的であるか否かについては、判断を行わない。

(4) 他の5種類のホルモン被投与食肉に関する暫定的禁輸措置の SPS 協定 5.7 整合性

(4.1) パネル判断

テストステロン、プロゲステロン、酢酸トレンボロン、ゼラノール、MGA については、SPS 協定 5.7 との整合性が問題となる。

EC が参照している、SCVPH による1999意見および同 2000,2002 意見に言及しつつ検討する。

5種のホルモン被投与牛肉に対する暫定的禁輸措置は、SPS1 および同付属書 A para.1に定める SPS 措置である。両当事国はこれらについて、SPS5.7 違反のみを争っているため、当該措置を 5.7 整合性についてのみ検討する。

SPS5.7 措置採用のための4つの要件が Japan-Agricultural Products II事件上級委員会報告書に示されている(Japan-Agricultural Products II,para.89)。これらは全て満たされなければならない(cumulative requirements)。(para.626)

- (a) SPS 措置が課されるのが、「関連する科学的証拠が不十分な」状況においてであること。
- (b) 当該措置が、「入手可能な適切な情報に基づいて」採用されたこと。
- (c) 当該措置を採用した加盟国は、「危険性のより客観的な評価を行うために追加的情報の獲得を求め」なければならない。
- (d) 当該措置を採用した加盟国は、「合理的期間内に当該措置の再検討」を行わなければならない。

(a) について

SPS5.7 の「不十分性」とは、入手可能な科学的証拠によっては適切な危険性評価を行い得ない場合をいう(Japan-Apples(AB)のアプローチへの言及)。

この場合、乱用の証拠は関係ないので排除する。(para.627)

加盟国が志向する適切な保護水準は、危険性評価には影響を与えない。加盟国による、自国民をある種の危険性にさらすか否かの判断は、いかなる危険性が存在し、またそれがどの程度なのか、の評価とは関係ない。(para.628)

米国・カナダが、JECFA および他の加盟国当局がこれらのホルモンの危険性評価を行うために適切又は十分な科学的証拠があるとしている、と主張したことについて(para.628-)。かつて十分であると考えられていたことが不十分となることはあり得る。しかし、科学的に確証されていない(uncertainty)という事実が、直ちに「不十分性」を意味するわけではない。

国際基準・ガイドライン・勧告の存在する場合、加盟国による遵守の推定が働くということは、加盟国のとった措置が SPS 協定の求める危険性評価に基づくものであることを示唆しており、これは(本件では JECFA が)適切な危険性評価を行いうることを意味する。そうすると、かつて、危険性評価を行うに関連しかつ十分と考えられていた証拠が不十分といいうるだけの、臨界的(critical mass)

新証拠がなければならぬ(panel report, paras.7.648)

「不十分性」の立証責任は、当該措置に5.7が適用されることを主張する側の当事国が負う。但し、本件で EC が提出した証拠は個々のホルモンについてではなく、全般的なものにとどまるから、1) 個別のホルモンについての情報が提出されておらず、また全てのホルモンではなくそのうちの1-2種に関する証拠に関して提起された範囲で、5種のホルモン全てに共通して認識される証拠の不十分さについて、と 2) これら情報にもとづき、あるホルモンについての危険性評価にとって不十分であるかが、個別的(specific)であるか、を別個に判断する。(para.634)

1) 不十分性について(paras.635-643)

EC は、以下について関連する科学的証拠が不十分であることを主張した。a) これら5種のホルモンが、特定の集団(例えば思春期前の子供)に与える影響、b) 投与反応(dose response)、c) 生体利用効率(bioavailability)、d) がん発生までの(長期の)潜伏期間(latency)、e) 5種のホルモンが免疫システムに与える影響、f) 5種のホルモンが成長・生殖に与える影響。

これらについて、パネルは、従来リスク評価を行うのに十分な科学的証拠があると考えられていたことに、疑問を喚起し、不十分と叫ぶようために、臨界的(critical mass)な新証拠が必要である、というアプローチにより判断した。そして、専門家意見を引用しつつ(より精密な検査法の有効性、発ガンまでの複合的要因のうちあるホルモンの寄与の特定の困難等々) a) - f) について、リスク評価を行う為の科学的証拠が不十分であるとは言えない、と判断した。

2) 個々のホルモン固有の(specific)証拠の不十分性について(paras.644-)

以下のように、パネルはこれもほぼ全て専門家の意見から、ゼラノールについてのみは不十分性が認められるが、それ以外については、EC がリスク評価を行うための科学的証拠が不十分とはいえない、とした。

プロゲステロンについて、その遺伝毒性に関する証拠がない(2002 意見の結論)、専門家の意見等から、SPS5.7の不十分性は立証されていない。

テストステロンについて、多くは他の4種と共通して証拠の不十分さが論じられているので、遺伝毒性と発ガン性のみを検討する。1999 意見は、DNA ダメージに関する情報が入手できないこと、前立腺がんに発症におけるテストステロンの役割についての証拠が現在は薄弱である、と結論している。しかしパネルは、この証拠では臨界的証拠とは言いがたいとする。専門家の意見を引用する。以上、テストステロンに関する不十分性は立証されていない。

酢酸トレンボロンについては、1) 酢酸トレンボロンの代謝産物、2) 人体への発ガン性に関する不適切な証拠、に分けて判断する。いずれについても、専門家が、EC がリスク評価を行う為の科学的証拠が不十分とは思われぬとする意見があり、したがってこれは認められない。

ゼラノールについては、1999 意見が、その遺伝毒性・発ガン性についての証拠が明らかでないこと

したことや、専門家が実験結果が体内での遺伝毒性について適用しうるか疑問を呈したことなどから、関連する科学的証拠が不十分ではない、とした。

MGA については、2つの側面から不十分性を検討した。1)MGA 残留物に関するデータが限定的にしか入手できないか、2)MGA の人体への発ガン性の証拠が不十分か。1)に関して、現在 MGA に関する国際基準は存在しないが、国際的レベル特に JECFA で集中的に研究が行われており、また Codex の「最高残留レベル(Maximum Residue Level; MRLs)」の要再計算優先リストに記載していることやガイドライン策定レベルの7に達していることなどから、JECFA による評価の存在からは、リスク評価を行うための証拠が十分であると示されている、と結論した。なお、JECFA の用いたデータが時代遅れとなっていることを EC が指摘したが、これについては、専門家が、確かに 60-70 年代のデータであるが、その有効性が未だ否定されていない、と述べている。さらにデータの古さは、それが研究の有効性を直ちに否定するものではないと自ら過去において結論している。2)については、2002 意見等に言及し、MGA 発ガン性に関し実験結果がネガティブであると示したことや、専門家意見により、SPS5.7 の不十分性が充たされない。

以上のように、パネルは、SPS5.7 適用のための「不十分性」を判断するためには、過去の知見が新たな知見により疑問を呈されており、過去においては十分といえた証拠が現在では不十分となり、専門家もまたその詳細について確信が持てないような、新たな証拠や情報が十分に(臨界的に)存在するか否か、によって判断した。そして、本件5種類のホルモン被投与牛肉については、新たな証拠等が十分に(臨界的に)存在するとはいえない、とした。

そして、Japan-Agricultural Products IIの4要件(全て充たされなければならない)について、本件ではその第1要件が充たされないことを認定したので、残り3つについては検討を要しないとした。

また、以上のように不十分さが立証されないからといって、EC が SPS 措置をとり得ないという意味ではなく、リスク評価を行えば措置をとりうることを明確にした。

(4)..2 上訴における請求と主張

・EC の主張

SPS 協定 5.7 の科学的証拠の不十分性認定において、パネルの判断に誤りがある。
(paras.656-661)

1. 加盟国の措置採用に際して選択する保護水準が、不十分性判断に影響しないとしたことは誤りである。
2. SPS 協定 3.2 における、国際的基準にもとづく措置についての WTO 協定適合性推定があることは、それにより必ずしも国際的基準が SPS5.1 の意味での危険性評価に基づいていることは意味しない。

3. SPS5.7 適用に関する立証責任配分に誤りがある。5.7 は 5.1 の例外で、加盟国が SPS 措置を採用する権利を与えている。したがって本件ならば、米国・カナダが 5.7 不十分性要件充足の立証責任を負うべきであるが、誤って EC に立証の第一義的責任を負わせた。
4. 不十分性判断における「臨界的(critical mass)新証拠基準」の導入により、科学的証拠に関する過度の質的・量的基準を設定した。さらに、同基準の導入により、SPS5.1、5.7 解釈における予防原則の適用を怠った。科学的証拠次第で、適用条文が SPS5.7 から 5.1 へと直ちに切り替えられてしまい、その間に「移行期間(transitional period)」は存在しない。そのため、臨界基準により、重要な科学的証拠をパネルが無視することになる。この基準を用いなければ、1)ホルモンが特定の人口グループに与える影響、2)投与反応、3)がん発症までの潜伏期間および複合的要因、4)成長・生殖への影響、については十分な証拠がない(不十分性が充たされた)といえる。
5. 専門的見解の中でその依拠する見解を恣意的に選択し、結局のところ新たな事実認定を行っており、DSU11の客観的評価義務に反した。

・米国の主張

SPS5.7 不十分性認定におけるパネル判断は正しい (paras.662-666)。

1. EC の主張1, 2に反対する。
2. EC 主張3に反対する。パネルの立証責任配分に誤りはない。
3. 不十分性判断のための臨界的証拠基準は適切である。最低限の量的要件を課すものではない。関連する科学的証拠が危険性評価を行うために不十分となっているかに着目することは正しい。5種類のホルモンは何十年来集中的に研究が蓄積され、うち4種については国際的基準も 20 年も前に策定されている。また、EC 自身オリジナルケースで、危険性評価を行うために十分な科学的証拠があると主張している。
4. パネルは DSU11 に定める客観的評価義務に反していない。異なった証拠に異なった重要性を見いだすことは、事実認定の裁量の範囲内である。

・カナダの主張

SPS5.7 の不十分性が充たされないとするパネル判断は正しい。(paras.667-669)

1. EC の主張1, 2に反対する。SPS3.2の適合性推定からすれば、国際基準の存在は危険性評価を行いうることの十分な証拠である。また、保護水準の選択は、不十分性判断に影響しないとしたことも正しい。SPS5.7 はいわば安全弁であり、不十分性が保護水準に依存するとすれば、SPS の基本的論理に反する。
2. EC に不十分性立証を求めたパネルの立証責任配分は正しい。SPS5.7 は同 2.2 の適用除外

規定と解してかかる配分原則を採用したことは正しく、AB 先例とも整合的である (US-Wool Shirts and Blouses, p.14 DSR1997:1,323, at335)。

3. 臨界的新証拠基準の採用は正しい。国際的基準が存在する場合、危険性評価を十分に行うことを示している。SPS5.7 が適用されるのは、証拠が不十分で危険性評価を行うことが不可能な場合に限られる。また、臨界的という概念は量的な限定を課すものではなく、さらに新たな研究により「不十分性」が充たされる場合を排除しない。
4. パネルは DSU11の客観的評価義務に反していない。どの証拠にどれだけの重要性を見いだすかは事実認定を行う際の裁量範囲内である。

・第三国の意見

豪: 国際的基準の存在が SPS5.7 の不十分性認定において決定的意味を持つのではないとする点で、EC の主張に賛成する。また、パネルが、SPS5.7 の解釈適用に際し、SPS3.3 が加盟国には国際的基準より高度の保護措置を採用することを認めている権利を尊重しなかった点で誤りがある。

ニュージーランド: パネルが、SPS5.7 の不十分性の立証責任を EC に課したことは正しい。EC はその義務を果たしていない。

(4).3.5 種類のホルモンの危険性に関する科学的証拠が不十分であり SPS 協定 5.7 違反であったパネル判断について

先例として重要なのは、Japan-Apples 事件、および Japan-Agricultural Products II 事件である。

SPS2.2 が SPS 協定解釈に指針を与える。SPS5.1 を含め、SPS 措置は、危険性評価に「もとづく」べきことを求め、一方で、2.2 は関連する科学的証拠が不十分な場合について、その対象から除外し、5.7 が適用されることを定めている。したがって、SPS2.2 および 5.5 の適用対象となるか、5.7 の適用対象となるかは、科学的証拠の十分性に依存する。

不十分性については、Japan-Apples(AB)が「(一連の)関連する科学的証拠が、量的意味・質的意味のいずれであれ、SPS5.1 および SPS 付属書 A に定める危険性評価を実行できないような場合」をいうと述べている¹¹。

また、SPS5.7 は暫定措置を実施するために加盟国が課される4つの義務を説明しているとの上級委員会先例がある(para.676)¹²。

- (1) SPS 措置が課されるのが、「関連する科学的証拠が不十分な」状況においてであること。
- (2) 当該措置が、「入手可能な適切な情報に基づいて」採用されたこと。

¹¹ Japan-Apples(AB), para.179

¹² US-Continued Suspension(AB), para.676 (citing Japan-Agricultural Products II (AB), para.89)

- (3) 当該措置を採用した加盟国は、「危険性のより客観的な評価を行うために追加的情報の獲得を求め」なければならない。
- (4) 当該措置を採用した加盟国は、「合理的期間内に当該措置の再検討」を行わなければならない。

(1) について、SPS5.7 は、科学的証拠が「不十分」な状況を要件としているが、SPS5.1 において、SPS 措置が科学的に少数派の意見に基づくものであっても、それが尊重しうる適切なソースから得られたものであれば、それにもとづく措置をとっても良いとしている。すると、科学的見解に議論がある場合、それ自体で「不十分性」を結論するには十分ではない。他方、SPS5.7 は科学的証拠が不足しているため、加盟国が危険性について十分に客観的結論に到達し得ないような状況に関するものである。かかる「不十分性」を判断する際には、加盟国は適切で尊重しうるソースから得られた関連する科学的証拠を排除してはならない。かかるソースからの意見があり、それが関連する科学的証拠とリスクに関する結論との関係に問題を提起し、そのため既存の科学的証拠によっては危険性の十分に客観的評価ができないような場合には、加盟国はかかる適切かつ尊重しうる見解に基づいて SPS5.7 にもとづく暫定措置をとることができるのである。

暫定措置は、入手可能で適切な情報に基づくもの、という要件の対象となる(上記要件(2))。かかる情報とは、関連する国際機関の情報、他の加盟国が採用した SPS 措置からの情報、いずれをも含む。したがって、SPS5.7 の想定する状況とは、危険性の存在を示す証拠を基礎とするものであるが、しかしかかる証拠が危険性評価を行うには足りないという状況である。さらに、特定の危険性に関する情報と、加盟国の暫定的 SPS 措置との間には、合理的かつ客観的関連性がなければならない。このような範囲で、SPS5.7 は、SPS2.2 および同 5.1 の定めるより厳しい基準を充たし得ない場合の「安全弁(safety valve)」として機能する。

SPS5.7 の第2文(上記要件(3))では、入手可能な適切な情報が、追加的情報と合理的期間内の再検討により補完されるべきことが求められる。この2つの条件は、SPS5.7 措置の維持が暫定的性質であることに関連する。加盟国は、関連する科学的証拠が不十分であることを補うために、追加的な科学調査の実施又は関連する国際機関等からの情報収集等を行う、最善の努力をしなければならない。さもなくば、暫定的措置としての意味がなくなる。AB が先例で述べたように SPS5.7 は追加的情報獲得を前提条件としたものではない¹³。しかし、加盟国は、不十分さ、および追加的情報獲得のためにとるステップを認識すべきである。また、追加的に獲得される情報は、固有の危険性評価に密接に結びつくものでなければならない。とはいえ、加盟国は、追加的情報の獲得を試みることは求められるが、これは特定の結果の保証まで期待されてはいない。そして、暫定措置は合理的期間

¹³ Japan-Apples(AB), footnote 318 to para.176

内の見直しを求められるのである。

これら4つの条件の解釈にあたっては、SPS5.7 に予防原則が反映されていることを忘れてはならない。AB が述べているように、「加盟国政府は通常、人体への危険が不可逆である場合は、慎重かつ予防的見地に立って政策決定を行うことを、パネルは念頭に置いておかなければならない」¹⁴例えば非常事態の場合など、加盟国は暫定的 SPS 措置を採用でき、追加的情報を獲得する手段をとり、そしてその事態の危急性に照らして再検討を行うのである。

(4).3.1 不十分性(insufficiency)認定と保護水準との関連

パネルは、保護水準の選択は、不十分性認定とは別個のものであり影響しない、とした。

加盟国が、国際基準によるより高水準の保護をもたらす措置を採用する場合、SPS 協定整合性(特に SPS5)を確保しなければならない。この場合、SPS3.3 と 5.1 には、より高度な保護を選択した加盟国が、国際基準が依拠したのと同様の危険性評価を行わなければならないとする根拠は見いだせない。したがって、国際基準より高度の保護水準が選択された場合には、かかる保護水準は、危険性評価の範囲と方法に影響を与える。国際基準の基礎となったのとは異なる要因や調査が必要となることもありうる。

このため、保護水準は不十分性認定と切り離すべきとしたパネル判断には同意できない。但し、保護水準が、不十分性判断の結果を予め左右するものではない。入手可能な科学的証拠が危険性評価を行うために十分かの判断は、やはり厳密かつ客観的過程によらなければならない。

(paras.685-686)

(4).3.2 SPS5.7 のもとで関連する国際的基準

パネルは、国際基準が存在する場合には、不十分性が充たされないとする反証不可能な推定が働き、したがって 5.7 の適用は排除される、とした。SPS 協定前文においては、協定の主要目的の一つとして、「加盟国間で採用される SPS 措置が、関連する国際機関が策定した国際的基準・ガイドライン・勧告等にもとづくことで一層の調和が促進されること」¹⁵が求められている。これは SPS3 にも反映されている。同時に、加盟国が適切な保護水準を選択する権利も認識されている。

SPS3.1.3.2 に定められる国際的基準等の定義は付属書 A パラグラフ3に述べられており、個々に Codex も含まれる。Codex は、JECFA の行った危険性評価に基づいて基準を策定することには争いが無い。SPS3.2の協定適合性推定は、加盟国が国際基準に従った保護措置を採用する場合にはたらく。しかし、加盟国が国際基準より高度な保護水準を採用する場合には、機能しない。さらに、SPS3.2 の適合性推定は、かかる場合に十分な科学的証拠があることを意味するものと解釈してはな

¹⁴ EC-Hormones(AB), para.124.

¹⁵ Para.692(citing EC-Hormones(AB), para.165).

らない。SPS5.7 が、暫定措置を「入手可能な適切な措置にもとづき」採用してよいと定めていることから裏付けられる。SPS5.7 には、国際機関が危険性評価を行っている場合に、加盟国が暫定措置を取ってはならないとする含みはない。また、国際基準の基礎となった科学的証拠が、既に有効でなくなっていたり危険性評価には不十分となっていることもあり得る。したがって、JECFA による危険性評価の存在は、SPS5.7 の意味での科学的証拠が十分であることを意味しない。

国際基準が存在することが、SPS5.7 の不十分性について法的な推定を働かせるものではない。本件ではJECFA による危険性評価の証拠は、不十分性の判断において証明力ある証拠とはなりうるが、決定的な証拠ではない。(paras. 692-697).

(4).3.3 SPS5.7 の「不十分性」判断のためにパネルが採用した「臨界的(critical mass)」基準

科学の発展により、危険性評価の再考が促されることがある。危険性評価が可能となる場合もあるが、不可能な場合もあり、後者のような場合が SPS5.7 の適用対象となる。

科学的証拠が不十分な場合は、追加的情報による補完が求められるが、さらなる調査が可能であること自体では、証拠が不十分であることは意味しない。科学の発展は前進的な場合もあれば、パラダイム・シフトをもたらすほど画期的なときもあるが、後者はまれにしか起こらない。パネルのように、SPS5.7 の適用対象を、パラダイム・シフトを起こすような場合に限定するのは、あまりに硬直的なアプローチである。加盟国は、適切かつ尊重しうる情報源からの新たな科学的証拠が、既存の科学的証拠と危険性に関する結論との関係に疑問を呈するような場合には、加盟国は暫定措置をとることが許されるべきである。したがって、既存の科学的証拠によって十分に客観的な危険性評価を行うのかについて、新たな科学的証拠が疑問を呈するような場合が、SPS5.7 の想定する場面であるといえる。(paras.701-707)

国際的基準等が存在する場合には、臨界的新証拠が必要とするパネルの基準も、やはりパラダイム・シフトをもたらすほどの科学的新証拠を求めているように解しうる。しかし、かかる硬直的アプローチを取るべきではないし、証拠の水準をそこまで引き上げる必要もない。パネルが「臨界的」の語について明確化を試みた他の記述からも、やはり、パラダイム・シフトを求めているように解される。しかし、先に述べたように、国際基準の存在は、法的基準の問題ではなく、証拠の問題(証明力)にすぎない。加盟国がより高度の保護水準を選択する場合に、SPS5.7 の不十分性判断に適用される法的基準が、より厳しいものにはならない。したがって、パネルが、JECFA による危険性評価が行われた事実を、法的なベンチマークとして用いたことは誤りである。

さらに、先述したように、SPS3.2 の適合性推定は、加盟国が国際基準より高度の保護水準を選択する際には働かない。したがって、SPS3.2 も、JECFA による危険性評価を法的なベンチマークとして用いる根拠とはならない。SPS 協定 3.2 の適合性推定とは、加盟国が国際基準適合的措置を取るこ

とのインセンティブであって、これより高度な保護水準を選択した場合に、より高度かつ特別な立証責任を課す、いわばペナルティに相当するものではない(EC-Hormones, para.102)。 (paras.708-710)

科学的証拠の不十分性は、当該措置に関してそれ自体で評価されなければならない。(para.711)

以上から、国際基準が存在する場合には、既存の知見と証拠により、関連する既存の証拠が、危険性評価を行うためにかつては十分であったものが現在では不十分であるとの疑問を呈するような、臨界的な科学的新証拠が必要とするパネル判断を破棄する。

(4).3.4 SPS5.7 違反に関する立証責任の配分

(1).4 で述べたように、EC は、DSB 勧告実施措置の明確な説明と、当該措置がいかんして協定違反措置を是正するものであるかの適切な説明を行うべき立証責任を負う。これは、EC が、SPS5.1 違反とされた旧指令に関する勧告遵守措置として新指令を実施し、SPS5.1 に替わる正当化の根拠として 5.7 に依拠するものであるから、5.7 にもとづく暫定的禁輸措置が協定違反を是正したかについて適切に説明すべき責任を、EC が負うのである。かかる説明には、EC が危険性評価を行えないとする、科学的証拠の不十分さの説明も含まれる。この点で、パネルが検討対象を不十分性に限定したことに誤りはない。

しかし、そもそも立証責任の配分において、パネル判断には誤りがあることは、既に指摘したとおりである。(paras.716-717)

*したがって、EC 指令 2003/74/EC の SPS5.7 整合性検討における立証責任配分について、パネル判断には誤りがある。

(4).3.5 パネルによる SPS5.7 適用

(4)..3.3 で述べたように、パネルが不十分性認定に際して採用した臨界的な新証拠基準は、高すぎる基準であって適切ではない。またこの基準により、関連する科学的証拠が依然として十分に客観的な危険性評価を行わしめるかについて疑問を呈するような証拠に対し、パネルが注意を払わないようにした。(para.721)

より精度の高い新たな検査法により、JECFA が危険性評価を行った当時よりも、さらに低いレベルのエストラジオール検知が可能となっており、この事実は「不十分性」を示しうる。パネルは、かかる検査法の結果に説得されない、と述べたが、パネルが説得されるか否かとは関係なく、かかる検査法に関する研究は、既存の知見に対する疑念を呈するものである。したがって、臨界的な新証拠といった、パラダイム・シフトを引き起こすほどの証拠でないと「不十分性」要件を満たさないとした点で、パネルは誤りをおかしている。SPS5.7の不十分性とは、新たな科学的証拠が国際基準の依拠した科学的証

拠に完全に取って代わることは意味しない。既存の科学的証拠によって危険性評価を十分に客観的に行うかについて、疑念を呈する程度の新たな科学的証拠があればよい。(paras.722-725)

さらに、専門家意見の中にも、かかる新検査法が過去の知見に疑問を呈しうることを認めるものもあった。新たな検査法による、人体内でのより低レベルのホルモン分泌の検知自体がECの主張する不十分性判断における鍵となっていたのである。したがって、パネルは EC が依拠した研究が、5種のホルモンの有する潜在的危険性について、どのような関係を持ちうるのか、を問うべきであった。(paras.726-730)。

以上、パネルは、SPS 協定 5.7 適用のための「不十分性」判断において、誤った法的基準を採用し、その解釈適用を誤った。

DSU11 客観的評価義務違反については、SPS5.7 解釈の誤りからいえるので、この点には言及しない。

IV. 論点等

1. 譲許停止措置(対抗措置)発動段階における、対抗措置にかかる解釈論および優先されるべき紛争解決手段について

本件上級委員会は、ある事件が譲許停止(対抗措置)発動するに至っている段階においては、DSU23.1,23.2(a)を DSU22.8 と併せ読むべきである、とした。また、DSU22.8 の第1の解除条件における「撤回(removed)」が、形式的なものではなくて、勧告又は裁定の内容を実質的に実現するように遵守するもの(substantive compliance)であるべきこと、を述べている。そして、このことから、譲許停止発動段階においては、新パネル設立か DSU21.5 遵守パネルによるべきか、については、新パネルではなく 21.5 パネル手続によるべきであることを述べた。

上級委員会の理由づけからすると、司法経済の発想が強いように思われる。すなわち、オリジナルケースのパネリストに委ねることで、彼らの当該事件についての知見を活用でき、より短い時間枠の中での処理が可能となるなど、紛争解決システムの迅速な解決目的との整合性や、システム自体のより効率的利用に資すること、等を挙げている。このような判断は、事案の複雑さを考えれば納得できる。

但し、かかる判断は、対抗措置それ自体について、常に DSU23.1 や 23.2(a)違反として独立に判断されるべきでなく、常に 21.5 手続に付されるべき、と述べたとまではいえないだろう。

対抗措置が発動された段階において、かつ、オリジナルケースの被申立国が違反とされた措

置を廃止する(repeal)にとどまるのではなく、新たな措置で置き換え(replace)た場合については、新措置の DSB 勧告遵守如何といった実体的判断が必要になると述べたに過ぎないのではないか。要するに、結局のところもう一度、新措置についての協定違反についての実体的判断が必要となるという事情が強く影響しているのではないか。

すなわち、本件では、EC は、新指令を実施する形で、旧指令に関するオリジナルケースの DSB 勧告を遵守したと考え、それを前提として、もはや違反がなくなっているにもかかわらず、米国・カナダが一方的決定にもとづく譲許停止措置をとっているとして DSU23 違反を問うたのである。これに対し、米国・カナダは、新指令が DSB 勧告を遵守し、違反を「撤回」したとはいえない、と主張している。したがって、本件の前提、すなわち EC 旧指令による協定違反が解消されているか否かについて、両者の見解が相違している。これは、オリジナルケースにおける DSB 勧告「遵守」如何についての争い、である。かかる前提事実を判断するためには、また一から新措置の協定違反如何について、実体的判断を開始すると同様の手続が行われざるを得ない。そのような場合は、本件でもパネルに新措置の SPS 協定違反を判断する管轄があることを認めているように、新たにパネル手続を開始するよりは、むしろ DSU21.5 手続に依り、オリジナルケースのパネリストの知見を生かすべきであるとの判断は、AB もいうように、迅速解決を求める DSU の目的や構造とも整合的だと思われる。そのような事実がある限りにおいては、21.5 手続が望ましいという判断は支持されてよいのではないだろうか。

しかし、それをこえた一般性を持つとまでいえるかは、難しいように思われる。また、対抗措置とは常に、オリジナルケースとの関連性をもつものであることを考えると、措置「置き換え」の場合の、21.5 手続利用が義務であるとまで述べたか、その射程については明らかとはいえないとも評価できよう。

一方で、結局のところ DSU23.1, 23.2(a)違反検討の前提事実として、SPS 協定違反についてのパネル判断を破棄しうるが、「自判」めいたことも試みている。その結論において、結局のところ 21.5 パネルに委ねるとしたが、その理由として、パネルの手続違反・法的誤りが多々あること、を挙げていることからすれば、本件では結局パネルの実体判断の余地を事実上許しているような印象をも受ける。

ところで、米国でバード修正法案復活の動きがあるようだが、復活する場合、従来と完全に同じ法が復活するのか、趣旨が同じだけなのか。これらについて本件の示唆はいかなるものか。復活の仕方としては、同じ法がそのまま復活する可能性も、趣旨が同一だが形式的に異なる法が制定される可能性も、両方があり得る。この場合、協定違反とされて廃止されたかつての法等とよく似ているが少し違う、という事案の構造自体は本件とよく似ているかもしれない。

これに対して、本件は危険性評価に基づき、総合的な危険性評価を EC が行っていることから、

事案が異なるとの評価も可能ではある。さりながら、バード修正法案について、米国が日本の「対抗措置」を WTO 上訴えたとしたら同じともいえる。バード法案の場合、協定違反とされたのは「配分」である。したがって、違反とされた「措置」が続いているといえる。

「時間と性質との原則」に比して本件を比較することができるか、について。FSC 事件が似たような事件であったといえる。すなわち、違反とされた側の当事国が、遵守したと自己申告したような場合である。こうした場合の判断方法として、主張される「遵守」について内容・機能をみることが考えられる。しかし、旧指令の終わり和新指令の開始との間の空白期間が短いような場合、遵守とは考えにくい。

バード法案と比較して、本件は、違反措置を除去した(remove)という意味では類似性が認められるともいえる。仮に、本件の上級委員会報告の趣旨がバード修正法案の復活の場合に応用できるとしたら、新バード法が制定されたとき、であって「配分」が終わった後ということになる。

2. SPS 協定 5.1 について

本件では、上級委員会が De novo の認定をしたとも評価する余地がある。かつてより 5.1 違反の判断基準が弱いものになっているともみえる。しかし、本件の判断基準自体についてみれば、Japan-Apples I 事件とほぼ同じことを言っている。そうすると、解釈上全体にあまり変わっていないといえる。判断基準が変わったというならば、SPS 協定 5.7 に関する基準の方がむしろ変わったかもしれない。

SPS 協定 5.1 の判断基準と貿易救済措置に対する判断基準の関係については、従来注目を集めてきたところである。本件上級委員会報告は、SPS 協定違反の判断基準と貿易救済措置の判断基準とを接近させたといえる。すなわち、SPS 協定 5.1 危険性評価について、パネルが行うべきは、特定の加盟国が行った危険性評価が理論的に矛盾のない理由および裏付けられ尊重しうる科学的証拠によって裏付けられており、したがって合理的に正当化しうるものであるか、の判断である、とした。さらに、科学的証拠に基づく理由付けが客観的かつ結論を導く上で矛盾のないものであるか、の判断であることも述べた。そして、貿易救済措置に対する判断との関係でも、結論が裏付けを有するか、の判断であることを述べたといえる。

従来、上級委員会が SPS 協定 5.1 の判断基準について述べてきたのは限定的で不明確な内容であったし、本件でも明らかにされたとは言い難い。かかる判断基準は、WTO パネルが自ら危険性評価を行う方式、または、加盟国の行った危険性評価が合理的といえるかを判断する方式、の中間にあるが、本件では後者に大きく近づく方式が採用されたといえる。但し、この方式が SPS 協定の他の条文や他の協定についても適用されるのか、については、今後の発展を待つこととなる。

V. 主要な参照事例と参考文献

- EC-Asbestos; EC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS/135/AB/R.
- EC-Hormones(AB); EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R.
- EC-Sardines; EC-Trade Restrictions of Sardines, WT/DS231/R.
- Japan-Apples(panel); Japan-Measures Affecting the Importation of Apples, WT/DS/245/R.
- Japan-Apples(AB); Japan-Measures Affecting the Importation of Apples, WT/DS/245/AB/R.
- Japan-Agricultural Products II; Japan-Measures affecting Agricultural Products, WT/DS74/AB/R
- Mexico-Corn Syrup(Article 21.5-US); Mexico-Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup(HFCS) from the United States- Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, WT/DS132/AB/RW.
- US-FSC; US-Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, WT/DS108/AB/R.
- US-FSC(21.5); US-Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”-Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities, WT/DS108/AB/RW.
- US-Upland Cotton(21.5-Brazil); US-Subsidies on Upland Cotton-Recourse to Article 21.5 of the DSU by Brazil, WT/DS267/AB/RW.
- US-Softwood LumberIV(article 21.5-Canada); US-Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada-Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU. WT/DS257/AB/RW.
- US-Section 301 Trade Act; US-Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R.
- WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary on WT/DS320/AB/R.
- WorldTradeLaw.net Dispute Settlement Commentary on WT/DS320/R.
- David Palmetier and Petros C. Mavroidis, DISPUTE SETTLEMENT IN THE WORLD TRADE ORGANIZATION (2nd ed),section 4.09, sections7.01-7.04 and 7.07, section 8.05 (Cambridge Univ. Press 2004)
- TRACEY EPPS, INTERNATIONAL TRADE AND HEALTH PROTECTION: A CRITICAL ASSESSMENT OF THE WTO’S SPS AGREEMENT, at 181-201, 208-213, 216-218, 228-248,265-273 (Elgar Int’l Economic Law 2008).
- PETER VAN DEN BOSSCHE, THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION (CAMBRIDGE UNIV. PRESS 2005)
- PETROS MAVROIDIS AND ALAN O.SYKES, THE WTO INTERNATIONAL TRADE

LAW/ DISPUTE SETTLEMENT, at 178-193(reprinting Alan O. Sykes, “Domestic Regulation, Sovereignty, and Scientific Evidence Requirements; A Pessimistic View”, 3(2) Chicago J. of Int’l L. 353 (2002)(EDWARD ELGAR PUBLISHING LTD. 2005)).